WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN UND HANDELSBEEINTRÄCHTIGUNGEN DURCH VERWERTUNG GEWERBLICHER SCHUTZRECHTE

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt
von

PETER KRIEPENDORF
aus Paris

Göttingen 1977

1976

WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN UND HANDELSBEEINTRÄCHTIGUNGEN DURCH VERWERTUNG GEWERBLICHER SCHUTZRECHTE

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt
von

PETER KRIEPENDORF
aus Paris

Göttingen 1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter : Professor Dr. Gerd Rinck
Mitberichterstatter : Professor Dr. Ulrich Immenga
Tag der mündlichen Prüfung : 21. Dezember 1976

GLIEDERUNG

	Seite
Einleitung: Der Zielkonflikt zwischen Kartellrecht und den gewerblichen Schutzrechten	1
Teil I: Die gewerblichen Schutzrechte und die Formen ihrer Verwertung	6
§ 1: Die gewerblichen Schutzrechte als Gegenstand des Rechtsverkehrs	6
I. Die Benutzungsbefugnisse des Rechtsinhabers	6
II. Die einfache Lizenz	9
III. Die ausschließliche Lizenz	12
1. Alleinlizenz	14
2. Verwertungsausschluß für den Lizenzgeber	15
3. Alleinlizenz mit Gebietsschutz	15
§ 2: Sachliche und räumliche Grenzen der Lizenzen an gewerblichen Schutzrechten	17
I. Die Erschöpfungslehre	18
II. Die Territorialität der Schutzrechte	23
III. Marktaufspaltung durch parallele Schutzrechte	25
1. Marktaufspaltung durch Warenzeichen	29
2. Marktaufspaltung durch Leistungsschutzrechte	32
Teil II: Die nationalen Schutzrechte und das Kartellrecht des EWG-Vertrages	37
§ 3: Die Lösungsversuche im Schrifttum	38
I. Die Lehre von der totalen Bereichsausnahme	38
II. Die Lehre vom kartellfreien Inhalt der Schutzrechte (partielle Bereichsausnahme)	41

Seite

III. Die Lehre von der gemeinschaftskonformen Auslegung 46

§ 4: Die Anwendung des EWG-Kartellrechts auf Schutzrechtslizenzen durch den Europäischen Gerichtshof 52

I. Die Entscheidung Grundig - Consten 53

1. Sachverhalt und Entscheidung 53

2. Die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung der Schutzrechte 56

II. Das Urteil im Falle Parke-Davis 60

1. Sachverhalt und Entscheidung 60

2. Die Anwendbarkeit der Art. 85 und 86 EWGV 61

III. Die Entscheidung Sirena 65

1. Sachverhalt und Urteil 65

2. Bedeutung des Urteils für die Anwendung des Kartellrechts auf die Übertragung von Schutzrechten 69

Teil III: Die Einengung der gewerblichen Schutzrechte durch EWG-weite Erschöpfung 76

§ 5: Die Anwendung der Vorschriften über den freien Warenverkehr, Art. 30 ff. EWGV 76

I. Die Entscheidung Deutsche Grammophon 77

1. Sachverhalt und Urteil 77

2. Analyse des Urteils 80
a) Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln 80
b) Anwendung der Art. 30 ff. EWGV 82

3. Tragweite und Konsequenzen der Entscheidung 84

II. Die Entscheidung im Falle HAG 89

III. Die Entscheidungen Negram II und Negram III 94

Seite

§ 6: Die Bestimmung des 'spezifischen Gegenstandes' der gewerblichen Schutzrechte 99

I. Inhalt und Brauchbarkeit der Begriffe 'Bestand' und 'Ausübung' 101

II. Die Beurteilungskriterien des EuGH 109

1. Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs 110

2. Prinzip des freien Warenverkehrs 118

3. Das Verhältnis der beiden Prinzipien bei der Beurteilung schutzrechtlicher Sachverhalte 123

§ 7: Der Schutzumfang der gewerblichen Sonderrechte im Gemeinsamen Markt 127

I. Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Leistungsschutzrechte 127

1. Eigenverwertung des Schutzrechts durch den Inhaber selbst 128

2. Fremdverwertung des Schutzrechts 132

II. Schutzumfang des Warenzeichenrechts im Gemeinsamen Markt 144

LITERATURVERZEICHNIS

Alexander, Willy	Gewerbliche Schutzrechte und die Errichtung des Europäischen Gemeinsamen Marktes, GRUR Int. 1972, S. 272
Andermann, Jürgen	Territorialitätsprinzip im Patentrecht und Gemeinsamer Markt, Berlin 1975
Ballerstedt, Kurt	Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, S. 267
Baumbach, Adolf Hefermehl, Wolfgang	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. II: Warenzeichenrecht, 10. Aufl., München 1969
Beier, Friedrich-Karl	Anmerkung zum 'Agfa'-Urteil des Österreichischen Obersten Gerichtshofs, GRUR Int. 1971, S. 92
ders.	Territorialität des Markenrechts und internationaler Wirtschaftsverkehr, GRUR Int. 1968, S. 8
Benisch, Werner	Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, S. 769
Benkard, Georg	Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 6. neubearbeitete und erweiterte Aufl., München 1973
Bernhardt, Wolfgang	Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 3. neubearbeitete Aufl., München 1973
Biedenkopf, Kurt Hans	Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957
Blasendorff, Kurt	Die Erschöpfung des Patentrechts, in: Festschrift W.vom Stein, Turnhout, 1961

Brinkmann, Heinz-Volker	Nationale Warenzeichen im Gemeinsamen Markt, MA 1974, S. 380
Burgbacher, Hans-Gerwin	Warenzeichenlizenzverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 33, Frankfurt/M. 1972
Daig, Hans-Wolfram	Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zur unmittelbaren Wirkung von EWG-Bestimmungen auf die Rechtsbeziehungen zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsbürgern, EuR 1970, S. 1
Deringer, Arved	Anmerkung zum 'Sirena'-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, AWD BB 1971, S. 179
ders.	Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW - Loseblattausgabe, Düsseldorf, 1962 ff. (zit. WuW/EWG-Kartellrecht)
ders.	Gewerbliche Schutzrechte und EWG-Vertrag, GRUR Int. 1968, S. 105
Deutsch, Erwin	Die Warenzeichenlizenz im Kollisionsrecht, in: Die Warenzeichenlizenz, Festschrift für Eugen Ulmer, München etc. 1963, S. 463
Eichler, Helmut	Handelsbeeinträchtigung und Wettbewerbsbeschränkung, Frankfurt/M. 1972
Emmerich, Volker	Die gewerblichen Schutzrechte im Gemeinsamen Markt (EuGH XVII, 487), DB 1972, S. 1275 und 1325
ders.	Wettbewerbsrecht. Eine Einführung, München 1975

Emrich, Dieter	Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, Marburg 1969
Eucken, Walter	Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, in: ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 2 (1949), S. 1
Ferid, Hildegard	Zur Anwendung von Art. 36 EWGV auf nationale Urheberrechte und verwandte Schutzrechte, in: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift für Eugen Ulmer, Köln etc. 1973, S. 75
Fikentscher, Wolfgang	Die Warenzeichenlizenz im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen unter vergleichender Berücksichtigung entsprechender Fragen des Urheberrechtsvertrages, in: Die Warenzeichenlizenz, Festschrift für Eugen Ulmer, München etc. 1963, S. 405
ders.	Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 261
ders.	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Bd. 7, 1958
Kaufmann, Heinz Rautmann, Hans-Günther und andere	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1958 ff. (zit.: Frankfurter Kommentar)
v. Gamm, Otto-Friedrich, Frhr.	Das Kartellrecht der EWG, 2. Aufl., Kartellrundschau, Heft 3, Köln etc. 1969

v. Gamm, Otto-Friedrich, Frhr.	Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auf das Warenzeichenrecht, GRUR Int. 1975, S. 185
ders.	Urheberrechtsgesetz. Kommentar, München 1968
ders.	Warenzeichengesetz. Kommentar, München etc. 1965
ders.	Zeichenverletzung und Verletzung des Alleinvertriebsrechts durch Einfuhr von Originalware bei der Eintragung der Marke auf den Alleinvertriebsberechtigten, WRP 1962, S. 79
Gather, Gernot	Reform der Patentgesetzgebung?, in: ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 2 (1949), S. 270
Gleiss, Alfred Hirsch, Martin	EWG-Kartellrecht. Kommentar, 2. Aufl., Heidelberg 1965
Goltz, Hanno	Territorialität des Patentschutzes im Gemeinsamen Markt, WuW 1975, S. 751
Gotzen, Marcel	Gewerblicher Rechtsschutz und Gemeinsamer Markt, GRUR Int. 1958, S. 224
Graf, Michael	Der Begriff "Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen" in dem EWG-Vertrag, Köln etc. 1972
v. d. Groeben, Hans	Über das Problem der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, in: Probleme des europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt/M. 1966, S. 226

v. d. Groeben, Hans v. Boeckh, Hans Thiesing, Jochen	Kommentar zum EWG-Vertrag, 2. neubearbeitete Aufl., Bd. 1 und 2, Baden-Baden 1974
v. d. Groeben, Hans Mestmäcker, Ernst-Joachim	Ziele und Methoden der europäischen Integration, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 31, Frankfurt/M. 1972
Günther, Eberhard	Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1975, S. 677
ders.	Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, WuW 1964, S. 111
Hallstein, Walter	Europapolitik durch Rechtsprechung, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, S. 205
Heiseke, Jürgen	Der Schutz des gewerblichen Eigentums im Streit der Meinungen, GRUR Int. 1967, S. 2 und 55
ders.	Die warenzeichenrechtliche Problematik der Entscheidung der EWG-Kommission im Falle "Grundig/Consten", NJW 1965, S. 1409
ders.	Warenzeichenrecht und EWG-Vertrag - Wohin führt der Weg?, WRP 1974, S. 589
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, 8. neubearbeitete Aufl., Karlsruhe 1975
Heydt, Ludwig	Parallelimporte und Warenzeichenrecht, GRUR Int. 1969, S. 450
Hoppmann, Erich	Zum Schutzobjekt des Gesetzes, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 7, Bad Homburg v.d.H. 1968

Hubmann, Heinrich	Gewerblicher Rechtsschutz, 3. neubearbeitete Aufl., München 1974
ders.	Urheber- und Verlagsrecht, 3. neubearbeitete Aufl., München 1974
Ipsen, Hans-Peter	Bundesverfassungsgericht versus Europäischer Gerichtshof re 'Grundrechte', EuR 1975, S. 1
ders.	Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972
Jaume, René	Lizenzverträge und Wettbewerbsregeln, WuW 1972, S. 775
Johannes, Hartmut	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im europäischen Gemeinschaftsrecht, Heidelberg 1973
ders.	Zum "Kaffee-Hag"-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int. 1975, S. 111
Kaufer, Erich	Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 14, Bad Homburg v.d.H. 1970
Kellermann, Alfred	Die gewerblichen Schutzrechte im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1958, S. 643
Klauer, Georg Möhring, Philipp	Patentrechtskommentar, Bd. 1, 3. völlig neubearbeitete Aufl., München 1971, Bd. 2, München 1971
Koch, Norbert	Anmerkung zum "Parke-Davis"-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, AWD BB 1968, S. 185
Koch, Norbert Forschmaier, Franz	Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt, GRUR Int. 1965, S. 121

Koenigs, Volkmar	Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, S. 1041
Kohler, Josef	Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, Mannheim 1900
Koppensteiner, Hans-Georg	Urheber- und Erfinderrechte beim Parallelimport geschützter Waren, AWD BB 1971, S. 357
ders.	Zum Erschöpfungsgrundsatz im Patent- und Urheberrecht. Eine Erwiderung, GRUR Int. 1972, S. 413
Kraft, Alfons	Die Stellung des Europäischen Gerichtshofs zum Warenzeichen im Lichte des 'Hag'-Urteils, GRUR Int. 1975, S. 283
ders.	Nationales Warenzeichenrecht und EWG-Kartellrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, MA 1972, S. 35
Krieger, Ulrich	Die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen durch mehrere Unternehmen nach deutschem Recht, in: Die Warenzeichenlizenz, Festschrift für Eugen Ulmer, München etc., 1963, S. 3
Kroitzsch, Herrmann	Hat die entschädigungslose Enteignung der Patente und Urheberrechte bereits stattgefunden?, BB 1972, S. 424
Kronstein, Heinrich	Das Recht der internationalen Kartelle, Berlin 1967
Langen, Eugen	Das Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis, 4. Aufl. 1964 - 1966

Lieberknecht, Otfried	Patente, Lizenzverträge und Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht, Bd. 4, Frankfurt/M. 1953
Lindenmaier, Fritz	Das Patentgesetz, 6. neubearbeitete Aufl., Köln etc. 1973
Loewenheim, Ulrich	Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über das Verhältnis des Warenzeichenrechts zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bad Homburg v.d.H. 1970
ders.	Marktaufteilung durch Warenzeichen und Art. 85, 86 EWG-Vertrag, GRUR Int. 1971, S. 260
Lukes, Rudolf	Der Kartellvertrag, München etc. 1959
Machlup, Fritz	Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, GRUR Int. 1961, S. 373, 473 und 524
Maday, D. C.	Anmerkung zum "Hag"-Urteil, EuR 1975, S. 142
Magen, Albrecht	Anmerkung zum "Parke-Davis"-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1968, S. 1061
ders.	Lizenzverträge und Kartellrecht, Heidelberg 1963
Mailänder, K.-Peter	Anmerkung zu den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs vom 30. 6. 1966 und 13. 7. 1966, BB 1966, S. 838
Mak, Wilhelm	Warenzeichen und der Gemeinsame Markt, GRUR Int. 1975, S. 118

Martino, H.-Dieter	Erosion der nationalen Marken, MA 1974, S. 419
ders.	Nochmals: Zum "Hag"-Urteil des EuGH, MA 1975, S. 356
Mestmäcker, Ernst-Joachim	Anmerkung zum "Deutsche-Grammophon"-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, in: Schulze, Rechtsprechung zum Urheberrecht, Bd. X, 1972, S. 33
ders.	Die Vermittlung von europäischem und nationalem Recht im System unverfälschten Wettbewerbs, Bad Homburg v.d.H. 1969
ders.	Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974
Möschel, Wernhard	Die rechtliche Behandlung der Paralleleinfuhr von Markenware innerhalb der EWG, Bad Homburg etc. 1968
Monnet, Jean	Die territoriale Wirkung von Patenten im Gemeinsamen Markt, GRUR Int. 1965, S. 302
Müller, Heinz Giessler, Peter	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. vollständig überarbeitete und ergänzte Aufl. 1974
Müller-Henneberg, Hans Schwartz, Gustav	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht, 3. Aufl., Köln 1973 ff. (zit.: (Bearbeiter) in Gemeinschaftskommentar)
Müller, Frithjof E. Wegener, Harold C.	Die EWG-weite Erschöpfung territorial lizenzierter Patentrechte, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1975, S. 41

Neuhaus, Paul-Heinrich	Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Berlin 1962
Nirk, Rudolf	Zum Anwendungsbereich des Territorialitätsprinzips und der lex rei (sitae) im internationalen Patent- und Lizenzrecht, in: Ehrengabe für Bruno Heusinger, München 1968, S. 217
Pfister, Bernhard	Das technische Geheimnis - know-how - als Vermögensrecht, München 1974
Reimer, Dietrich	Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, GRUR Int. 1972, S. 221
Reimer, Eduard	Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, Systematischer Kommentar, 3. erweiterte Aufl., Köln etc. 1968
Reinhart, Gert	Patentlizenzverträge in der Entscheidungspraxis der Kommission der europäischen Gemeinschaften, AWD BB 1972, S. 498 ff.
Riehle, Gerhard	Markenrecht und Parallelimport, Stuttgart 1968
Rinck, Gerd	Wirtschaftsrecht, 4. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Köln etc. 1974
Röttger, Martin	Die Auswirkungen des "Sirena"-Urteils des Europäischen Gerichtshofs auf die Ausübung übertragener Warenzeichen, GRUR Int. 1971, S. 469
ders.	Zur Behandlung der enteigneten deutschen Warenzeichen im "Hag"-Urteil des europäischen Gerichtshofs, GRUR 1974, S. 574

Samwer, Siegmar-Jürgen	Auswirkungen der Territorialität des Patentrechts im EWG-Bereich, GRUR Int. 1969, S. 1
Schmidt, Ingo	Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, S. 699
Sandrock, Otto	Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Bd. 23, 1968
Schatz, Ulrich	Besprechung von: Alexander: Brevets d'inventions et règles de concurrence du Traité CEE, GRUR Int. 1972, S. 63
ders.	Die Erschöpfung des Patentrechts im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und nach dem Vorentwurf eines Übereinkommens über ein europäisches Patent für den Gemeinsamen Markt, GRUR Int. 1970, S. 207
Schlieder, W.	Die Anwendung der Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages nach dem Erlaß der ersten Durchführungsverordnung, BB 1962, S. 305
Schlochauer, Hans-Jürgen	Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Integrationsfaktor, in: Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt/M. 1966, S. 431
Schroeter, Helmuth	Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf dem Gebiet der gewerblichen Schutzrechte, WRP 1971, S. 356

Schumacher, Herrmann	Das Territorialitätsprinzip im Warenzeichenrecht und der Gemeinsame Markt, GRUR Int. 1966, S. 305
ders.	Gedanken zur Entscheidung "Parke-Davis" des Europäischen Gerichtshofs und zur Entscheidung "Voran" des Bundesgerichtshofs vom gleichen Tage, WuW 1968, S. 487
Schwab, Bertold	Der freie Verkehr von Markenwaren im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int. 1975, S. 73
Spengler, Albrecht	Die Behandlung des gewerblichen Rechtsschutzes im Rahmen des EWG-Vertrages, GRUR Int. 1958, S. 321
ders.	Ist eine friedliche Koexistenz zwischen Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz denkbar?, GRUR 1961, S. 607
Steindorff, Ernst	Sachnormen im Internationalen Privatrecht, Frankfurt/M. 1958
Strohm, Hans Gottfried	Wettbewerbsbeschränkungen in Patentlizenzverträgen, Köln etc. 1971
Tetzner, Heinrich	Die Erschöpfung des Patentrechts, NJW 1962, S. 2033
Tessin, Claus Sedemund, Jochim	Anmerkung zum "Parke-Davis"-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, BB 1968, S. 604
Troller, Alois	Die territoriale Unabhängigkeit der Markenrechte im Warenverkehr, GRUR Int. 1960, S. 244
ders.	Immaterialgüterrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Basel etc. 1968

Ullrich, Hanns	Ausschließliche Patentlizenzen im Gemeinsamen Markt, ZHR 137 (1967), S. 134
ders.	Patentrechtsschutz ausschließlicher Lizenznehmer gegen Direktlieferungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes, GRUR Int. 1973, S. 53
ders.	Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291
Ulmer, Eugen	Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, Rechtsvergleichende Untersuchung mit Vorschlägen für die Vereinheitlichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Köln etc. 1975
ders.	Nachwort (auf die Erwiderung von Koppensteiner), GRUR Int. 1972, S. 415
ders.	Urheber- und Verlagsrecht, 2. neubearbeitete Aufl., Berlin 1960
Ulmer, Peter	Der sachliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellverbots, JurA 1970, Wirtschaftsrecht I, S. 5
ders.	Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen im EWG-Vertrag, in: Rechtsvergleichung, Interessenausgleich und Rechtsfortbildung, Festschrift für Eugen Ulmer, GRUR Int. 1973, S. 502
VerLoren van Themaat, Pieter	Die Bedeutung von Art. 36 EWGV für die kartellrechtliche Beurteilung von Patentlizenzverträgen nach Art. 85 des EWG-Vertrages, GRUR Int. 1964, S. 21

Völp, Fromut	Marktaufteilung durch Warenzeichen, WRP 1971, S. 197
Waelbroeck, Michel	Gewerbliche Schutzrechte und EWG-Vertrag, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, V. Kartellrechtsforum Brüssel 1973 (Referate und Diskussionen), Köln etc. 1975
Was, D. A.	Daseinsberechtigung und territoriale Wirkung des Patentschutzes, GRUR Int. 1965, S. 609
Wertheimer, H.-W.	Der Einfluß der Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrages auf die gewerblichen Schutzrechte, GRUR Int. 1966, S. 312
ders.	Das Territorialitätsprinzip im Patent- und Warenzeichenrecht und seine Bedeutung für das EWG-Kartellrecht, in: Gewerbliche Schutzrechte im EWG-Kartellrecht; IV. Kartellrechtsforum Brüssel 1970; Köln etc. 1970, S. 175
Wohlfahrt, Ernst Everling, Ulrich Glaesner, Hans-Joachim Sprung, Rudolf	Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Berlin 1960

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abl. EG	= Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
AWD BB	= Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberater
EuGH	= Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	= Europarecht
EWG	= Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
GebrMG	= Gebrauchsmustergesetz
GeschMG	= Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz)
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JurA	= Juristische Analysen
JZ	= Juristische Zeitung
MA	= Der Markenartikel
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
PatG	= Patentgesetz
Rsprg. EuGH	= Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften

UrhG	= Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
VO	= Verordnung der Organe der Europäischen Gemeinschaften
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/EWGV	= Kommentar zum Wettbewerbsrecht des EWGV, bearbeitet von Arved Deringer
WZG	= Warenzeichengesetz
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

Im übrigen folgen die im Text verwendeten Abkürzungen dem Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, bearbeitet von Dr. Hildebert Kirchner, 2. Auflage, Berlin 1968.

Einleitung: Der Zielkonflikt zwischen Kartellrecht und den gewerblichen Schutzrechten.

Die Bestimmung des Verhältnisses der gewerblichen Schutzrechte zum Kartellrecht geht zurück auf die grundsätzliche Auseinandersetzung zwischen den Maximen eines dem Liberalismus verpflichteten Wirtschaftsmodells ungehinderten Wettbewerbs und der rechtlichen Entscheidung zugunsten eines wettbewerbsfreien Bereichs.Innerhalb dieses Bereichs wird dem Inhaber geistigen oder kommerziellen Eigentums das Recht zu ausschließlicher Betätigung zugebilligt. Insbesondere die Vertreter der sogenannten 'Freiburger Schule' haben diese Auseinandersetzung mit teilweise unversöhnlicher Härte geführt; sie gingen aus von der These einer 'unüberbrückbaren Antinomie' zwischen dem Prinzip der Freiheit des Wettbewerbs und dem Prinzip der gewerblichen Sonderrechtsgewährung.[1]

Tatsächlich scheinen beide Prinzipien auf den ersten Blick in diametralem Gegensatz zueinander zu stehen. Die gewerblichen Schutzrechte weisen ihrem Inhaber einen Bereich wirtschaftlicher Betätigung zu, in welchem allein er tätig werden und von welchem er alle anderen Mitbewerber ausschliessen kann; diese Ausschließlichkeitsbefugnis wird

---

1) So z. B. Gather, Reform der Patentgesetzgebung, in: Ordo II (1949), S. 270 ff (271, 273); Eucken, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, in: Ordo II (1949, S. 1 ff (40 f)

häufig als 'Legalmonopol' bezeichnet.[1] Demgegenüber sucht das Kartellrecht, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)[2] den Wettbewerb, zu dem es sich als oberstes Ordnungsprinzip bekennt[3], von störenden Beschränkungen freizuhalten.

Gleiches gilt[4] für das Kartellrecht des Vertrages zur Gründung der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV)[5], den Art. 85 und 86 sowie den aufgrund des Art. 87 Abs. I EWGV ergangenen Ausführungsverordnungen.

Untersucht man jedoch die Zielsetzung der beiden Regelungsbereiche genauer, so erweist sich die These von der unüberbrückbaren Antinomie als unhaltbar. Gleichgültig ob man den Schutzzweck des

---

1) Diese Bezeichnung der Ausschließlichkeitsstellung birgt die Gefahr der Verwechselung mit dem wirtschaftstheoretischen Begriff 'Monopol' in sich. Ein solches aber können die gewerblichen Schutzrechte nur in seltensten Fällen verschaffen, da die geschützten Produkte in der Regel (zumindest) einer Substitutionskonkurrenz ausgesetzt sind. Darauf weist zutreffend Sandrock, S. 447, 448 und dort FN 139 - 142 mit zahlr. Nachweisen hin; ebenso Magen, S. 12 f; Frankfurter Kommentar, Anm. 8 zu § 20 GWB.

2) v. 27. 7. 1957 in der Fassung v. 4. 4. 1974

3) Siehe dazu Müller-Giessler, Anm. 31 ff zu § 1 GWB; Müller-Henneberg, in Gemeinschaftskommentar, Anm. 42 zu § 1 GWB; ferner Fikentscher, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 39 und 239; ders., Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift f. Franz Böhm, S. 261 ff (264); Günther, Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, WuW 1964, S. 111 ff (119) und Schmidt, Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie ..., WuW 1966, S. 699 ff (700); Günther, Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1957, S. 677 ff (678)

4) Siehe statt aller Mailänder in GK, Einführung zu Art. 85, 86, Anm. 2 mit weiteren Nachweisen.

5) vom 25. 3. 1957

GWB in der Erhaltung des Wettbewerbs als Institution[1], in der Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer[2] oder - nach mittlerweile wohl vorherrschender Ansicht[3] - kumulativ im Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit im Interesse der Freiheit des Wettbewerbs als ökonomisches Steuerungsinstrument erblickt: Ziele des Kartellrechts sind letztlich Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung.[4]

Der gleiche wirtschaftliche Maximierungseffekt aber wird auch den gewerblichen Schutzrechten zugesprochen[5]; insbesondere das Patentrecht biete einen zusätzlichen Anreiz zu Forschung und Entwicklung und führe daher indirekt sogar zu einer Wettbewerbsbelebung.[6]

Demnach sind beide Regelungsbereiche der Tendenz nach nicht nur miteinander vereinbar, sondern sie dienen sogar gemeinsam dem wirtschaftlichen Fort-

---

1) so z. B. Langen, Einführung, Anm. 36; Benisch, Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 61, S. 769 ff (777); Ballerstedt, Kartellrecht und Einzelvertrag, JZ 56, S. 267 ff (271)

2) so Fikentscher, Wettbewerb, S. 227, 230; Biedenkopf, Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, S. 11 ff; Lukes, Kartellvertrag, S. 150 f

3) Müller-Giessler, Anm. 32 zu § 1 GWB; Baumbach-Hefermehl, Einleitung GWB, Anm. 2; Rinck, Wirtschaftsrecht, S. 196 f; Koenigs, NJW 61, S. 1041; Strohm, S. 159 jeweils mit zahlr. Nachweisen; einschränkend Hoppmann, Zum Schutzobjekt des Gesetzes, in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 103 f

4) so ausdrücklich die Regierungsbegründung zum GWB, BT-Drucks. II/1158, S. 21, 23

5) Frankf. Komm., Anm. 6 zu § 20 GWB; insbesondere Kaufer, Patent, Wettbewerb und technischer Fortschritt, S. 11; Lieberknecht, S. 19 und 159

6) so Kaufer, aaO., S. 212 ff (216); Frankfurter Komm., Anm. 7 zu § 20 GWB; kritisch dagegen Machlup in seiner grundlegenden Untersuchung der wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts in GrUR Int., S. 373 ff (379)

schritt und damit dem allgemeinen Wohlstand.[1] Das eigentliche Dilemma des 'Konflikts' zwischen den gewerblichen Schutzrechten und der Wettbewerbsfreiheit liegt in der Tatsache, daß beide Regelungen das gleiche Ziel auf völlig gegensätzlichen Wegen zu erreichen suchen.[2]

Um den notwendigen Ausgleich zwischen den beiden Leitideen herzustellen und beiden zu einer'friedlichen Koexistenz'[3] zu verhelfen, bestimmt § 20 GWB, daß nur solche Verträge über die Verwertung von technischen Schutzrechten gegen das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit verstoßen, die über den Inhalt des Schutzrechts hinausgehen. Vom Kartellrecht unangetastet bleiben Vereinbarungen, die dem Vertragspartner nur hinsichtlich Art, Umfang, Menge, Gebiet oder Zeit der Ausübung des Schutzrechts Beschränkungen auferlegen.[4]

Im EWG-Vertrag fehlt eine dem § 20 GWB entsprechende Regelung, wie überhaupt die gewerblichen Schutzrechte - außer in Art. 36 S. 1 EWGV - nicht erwähnt werden. So hat die Bestimmung des Verhältnisses der gewerblichen Schutzrechte zu den Zielvorstellungen und Wertentscheidungen des EWG-Vertrages in der europarechtlichen Literatur von Anfang an breiten Raum eingenommen, zumal die Schutzrechte für den Bereich des gemeinsamen Marktes bis heute noch nicht vereinheitlicht sind, also auf den je-

---

1) so schon Kellermann, Die gewerblichen Schutzrechte im GWB, WuW 58, S. 643 ff (643)

2) Das hebt Wertheimer, Der Einfluß der Wettbewerbsvorschriften des EWGV auf die gewerblichen Schutzrechte, GRUR Int. 66, S. 312 hervor; ebenso Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 24

3) Spengler, GRUR 61, S. 607 f

4) Langen, Anm. 31 und 35 zu § 20 GWB; ebenso Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 106 f

weiligen nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten beruhen. Der Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat die Diskussion der Problematik mit mehreren grundlegenden Entscheidungen maßgeblich beeinflußt.

Insbesondere auf der Grundlage dieser Entscheidungen des EuGH soll in dieser Arbeit der Versuch einer Bestimmung der Reichweite der gewerblichen Schutzrechte gegenüber den gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien des freien und unverfälschten Wettbewerbs und des freien Warenverkehrs unternommen werden.

Teil I: Die gewerblichen Schutzrechte und die Formen ihrer Verwertung.

§ 1: Die gewerblichen Schutzrechte als Gegenstand des Rechtsverkehrs.

I. Die Benutzungsbefugnisse des Rechtsinhabers

Unter dem Begriff 'gewerbliche Schutzrechte' sind diejenigen absoluten Rechte zusammengefaßt, die dem Schutz des geistigen Schaffens auf gewerblichem Gebiet dienen[1]; sie beruhen auf dem Patentgesetz (PatG)[2], dem Gebrauchsmustergesetz (GebrMG)[3], dem Geschmacksmustergesetz (GeschmG)[4] und dem Warenzeichengesetz (WZG)[5]. Diese Sondergesetze heben bestimmte Immaterialgüter aus der Vielzahl geistiger Gegenstände heraus, grenzen sie durch Aufstellung von Schutzvoraussetzungen gegen das geistige Gemeingut ab und ordnen sie demjenigen zu, der sie zuerst durch seine individuelle Leistung gewerblich verwertbar gemacht hat. Diese Zuordnung geschieht durch die Gewährung ausschließlicher Rechte, insbesondere der Benutzungsarten, in denen sich der wirtschaftliche Wert der geschützten Güter äußert.

So bestimmt beispielsweise § 6 PatG, daß der Patentinhaber ausschließlich befugt sein soll, den

---

1) Zu dieser Definition und zum Folgenden siehe grundlegend Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 1 ff

2) vom 5. 5. 1936 i. d. Fassung v. 2. 1. 1968, BGBl. I, S. 2 ff

3) vom 5. 5. 1936 i. d. Fassung v. 2. 1. 1968, BGBl. I, S. 24 ff

4) vom 11. 1. 1876

5) vom 5. 5. 1936 i. d. Fassung v. 2. 1. 1968, BGBl. I, S. 29 ff

Gegenstand der Erfindung gewerbsmäßig herzustellen, in den Verkehr zu bringen, feilzuhalten und zu gebrauchen; gleiche oder ähnliche Benutzungsbefugnisse ordnen § 5 Abs. I GebrMG und § 1 GeschmMG den Rechtsinhabern zu. Für das Warenzeichenrecht bestimmt § 15 WZG, daß das Recht zur Kennzeichnung der Ware, zum Inverkehrsetzen der gekennzeichneten Erzeugnisse sowie das Recht zur Benutzung des Zeichens im Geschäftsverkehr allein dem Inhaber vorbehalten ist. Die Bedeutung der genannten Vorschriften liegt jedoch weniger darin, dem jeweiligen Rechtsinhaber die positive Berechtigung zur Benutzung und Verfügung zu verschaffen[1]; vielmehr muß auch negativ jedem Dritten verboten werden können, seinerseits den jeweiligen Gegenstand des Schutzrechts in einer dem Inhaber vorbehaltenen Weise zu benutzen. Daher finden die positiven Befugnisse ihre notwendige Ergänzung in entsprechenden Verbotsbestimmungen, zum Beispiel § 47 PatG, § 15 GebrMG, § 14a GeschmMG und § 24 WZG. Positive Benutzungsbefugnis und negatives Ausschlußrecht bedingen sich wechselseitig und machen erst gemeinsam den Charakter der gewerblichen Schutzrechte als subjektive, dingliche, absolute Immaterialgüterrechte aus.[2]

Zu den absoluten Immaterialgüterrechten gehört auch das Urheberrecht. Da dieses Recht zwar auch geistige Leistungen schützt, jedoch nicht auf gewerblichem, sondern auf kulturellem Gebiet, ist das

---

1) Siehe dazu statt aller Reimer-Nastelski, PatG, Anm. 1 a. E. zu § 6 PatG.

2) so besonders deutlich Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 42

Urheberrecht nicht zu den gewerblichen Schutzrechten zu zählen.[1] Gleichwohl eröffnet auch das Urheberrecht seinem Inhaber die Möglichkeit, sein Werk wirtschaftlich zu verwerten, § 15 UrhG[2], und von dieser Verwertungstätigkeit Dritte auszuschließen, § 97 UrhG. Das gilt insbesondere auch für die sogenannten Leistungsschutzrechte, die zwar ebenfalls im UrhG aufgeführt sind (zum Beispiel Schutz bestimmter Ausgaben, §§ 70, 71 UrhG, Schutz der Hersteller von Tonträgern, §§ 85, 86 UrhG), die aber sachlich dem gewerblichen Rechtsschutz zuzuordnen sind, da hier nicht der Schutz einer künstlerischen Schöpfung, sondern der Schutz einer technischen, gewerblichen Leistung bezweckt wird.[3]

Eine Besonderheit ergibt sich für das technische Geheimnis - 'know how' -, dem vermögenswerten Recht, das zusammen mit dem Patent und dem Gebrauchsmuster den bedeutenden Bereich der technischen Schutzrechte ausmacht.[4]

Da der Schutz des technischen Geheimnisses nicht gesetzlich geregelt ist, geschieht die Zuordnung

---

1) v. Gamm, UrhG, Einführung, Anm. 25; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 2

2) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte v. 9. 9. 1965, BGBl. I, S. 1273 ff

3) Gegen die Gleichsetzung der Leistungsschutzrechte mit dem Urheberrecht insbesondere v. Gamm, UrhG, Einführung, Anm. 31 ff und Anm. 14 zu § 97 UrhG

4) Zur Definition des 'know-how' als technisches Geheimnis siehe näher Pfister, Das technische Geheimnis als Vermögensrecht, 1974, S. 9. Auf die praktische Bedeutung der technischen Schutzrechte geht Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 3 ein.

der dem Geheimnis zugrundeliegenden Erfindung oder technischen Erfahrung zu seinem Inhaber nicht - wie etwa beim Patent - aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Verleihungsaktes, sondern allein faktisch aufgrund der Tatsache des Geheimseins.[1] Daraus folgt, daß auch das Alleinverwendungsrecht des 'know-how' nur ein faktisches Recht ist, das nur solange besteht, wie das technische Wissen tatsächlich geheim ist.[2] Immerhin läßt sich auch das technische Geheimnis mit diesem Inhalt zu den gewerblichen Ausschlußrechten zählen, die ihrem Inhaber einen Bereich ausschließlicher wirtschaftlicher Betätigung zuordnen.

II. Die einfache Lizenz

Die soeben behandelten Nutzungsbefugnisse, die die gewerblichen Schutzrechte ihrem Inhaber gewähren, sind verkehrsfähig: das bedeutet, daß der Inhaber eines Schutzrechts dieses vollständig oder teilweise durch Vertrag auf einen Dritten übertragen kann. Dies sehen beispielsweise für das Patentrecht § 9 PatG, für das Warenzeichenrecht § 8 WZG vor. Gegenüber der Vollübertragung der Rechte hat jedoch die bloße Gebrauchsüberlassung in der Form der Lizenz die weitaus größere rechtliche und besonders wirtschaftliche Bedeutung erlangt.[3]

---

1) Pfister, aaO., S. 52 f

2) Pfister, aaO., S. 53 und 103

3) Benkard-Bock-Bruchhausen, PatG, Anm. 33 zu § 9 PatG; zur Lizenzierung von techn. Geheimnissen siehe Klauer-Möhring-Nirk, PatG, Anm. 21 zu § 9 PatG; zu den urheberrechtlichen Verwertungsverträgen siehe v. Gamm, UrhG, Einführung, Anm. 67 ff, 80 ff

Allen Lizenzen gemeinsam ist der Verzicht des Schutzrechtsinhabers auf das nur ihm zustehende Recht, jeden Dritten von der gewerbsmäßigen Benutzung des Schutzrechtsgegenstandes auszuschliessen. Je nach dem, wie weit der Lizenzgeber (Inhaber des Rechts) seine Rechtsposition aufgibt und auf den Lizenznehmer überträgt, spricht man von einer einfachen oder von einer ausschließlichen Lizenz.

Durch die Einräumung einer einfachen Lizenz gewährt der Schutzrechtsinhaber einem oder mehreren Lizenznehmern die Befugnis zur Benutzung des Rechts, ohne ihnen auch die gegenüber jedermann wirkende Ausschlußbefugnis einzuräumen. Die einfache Lizenz ist daher ein obligatorisches Recht[1], das sich allerdings nicht in dem bloßen Versprechen des Lizenzgebers erschöpft, gegenüber dem Lizenznehmer von seinem Verbietungsrecht keinen Gebrauch zu machen[2]; vielmehr ist die einfache Lizenz darüber hinaus übertragbar und kann auch gegenüber einem Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger (Erwerber) des Schutzrechts geltend gemacht werden.[3]

Im Warenzeichenrecht wird die Lizenz als das ver-

---

1) Umstritten, aber herrschende Ansicht; siehe E. Reimer in Reimer, PatG, Anm. 6 zu § 9 PatG; Benkard-Bock-Bruchhausen, Anm. 46 zu § 9 PatG, jeweils mit zahlr. Nachweisen; dagegen jedoch Strohm, Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen, 1971, S. 142 f, der auch der einfachen Lizenz dingliche Wirkung beimißt.

2) So noch das RG in früheren Entscheidungen, z. B. Urteil v. 14. 3. 1923, RGZ 106, S. 362 ff (366) - Filmverleihvertrag - aufgegeben im Urteil v. 18. 8. 1937, RGZ 155, S. 306 (313) - Rundfunkempfänger -. Allerdings ist ein solches Versprechen in Form der sogenannten 'negativen Lizenz' möglich; siehe dazu E. Reimer in Reimer, PatG, Anm. 7 zu § 9 PatG.

3) Klauer-Möhring-Nirk, PatG, Anm. 42 zu § 9 PatG

traglich eingeräumte Recht definiert, ein fremdes Warenzeichen zur Kennzeichnung eigener Erzeugnisse zu benutzen. Obwohl damit im Grunde eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion des Warenzeichens verbunden ist, da dasselbe Zeichen nunmehr auf zwei oder mehrere Herkunftsstätten der Ware hinweist[1], ist die Zulässigkeit einer Warenzeichenlizenz unbestritten.[2] Die herrschende Meinung hält jedoch seit jeher nur eine schuldrechtliche Wirkung der Warenzeichenlizenz für möglich und begründet dies einerseits mit der Funktion des Warenzeichens als Herkunftshinweis und andererseits mit der in § 8 Abs. I S. 2 WZG normierten Bindung des Zeichens an den Geschäftsbetrieb des Rechtsinhabers.[3] Infolgedessen bedeutet die Warenzeichenlizenz - anders als die Lizenz technischer Schutzrechte - einen vertraglichen Verzicht des Rechtsinhabers, sein Verbietungsrecht nach §§ 15, 24 WZG

---

1) So jedenfalls bei einer Herstellungslizenz, während bei der bloßen Vertriebslizenz die Ware aus dem Geschäftsbetrieb des Zeicheninhabers stammt. Siehe dazu Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, 1970, S. 38

2) Nur scheinbar anders v. Gamm, WZG, Anm. 4 zu § 8 WZG, der nur eine Vollübertragung des Zeichens für zulässig hält, damit aber nur die dingliche Lizenz ausschließen will. Dazu sogleich im Text.- Wie hier Ulmer, Immaterialgüterrechte, S. 92

3) Baumbach-Hefermehl, Anm. 2 zu § 8 WZG, die sich aaO., Anm. 1 allerdings zu Recht gegen den Begriff 'schuldrechtliche Lizenz' wenden. Wie hier auch Loewenheim, Warenzeichen, S. 31 mit zahlr. Nachweisen; Fikentscher, Die Warenzeichenlizenz, S. 419. A. A. Krieger, Die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen, in: Warenzeichenlizenz, S. 45 ff und Riehle, Markenrecht, S. 185

gegenüber dem Lizenznehmer geltend zu machen. Eine eigene Befugnis zur zeichenrechtlichen Abwehrklage kann dem Lizenznehmer eines Warenzeichens nicht eingeräumt werden, sondern allenfalls vom Zeicheninhaber - auch stillschweigend - übertragen werden,[1] so daß der Lizenznehmer nicht Rechte aus dem Zeichen, sondern nur abgeleitete Rechte am Warenzeichen mit der Lizenz erwirbt.

III. Die ausschließliche Lizenz

Überträgt der Lizenzgeber eines Patentrechts nicht nur die positive Nutzungsbefugnis, sondern darüber hinaus auch noch die aus der Ausschließlichkeitsstellung des Schutzrechts fließenden negativen Abwehrrechte, so spricht man von einer ausschließlichen oder dinglichen Lizenz. Mit der ausschließlichen Lizenz erwirbt der Lizenznehmer ein jedermann, auch den Patentinhaber selbst ausschließendes Recht zur alleinigen Verwertung der Erfindung im vertraglich vereinbarten sachlichen, räumlichen und zeitlichen Umfang.[2] Zu solchen den Umfang der einfachen wie der ausschließlichen Lizenz bestimmenden Vereinbarungen muß der Patentinhaber befugt sein, da er grundsätzlich nicht verpflichtet ist, uneingeschränkte Lizenzen zu vergeben. Die Vertragspartner können den Lizenzbeschränkungen entweder schuldrechtliche oder auch dingliche Wirkung

---

1) Baumbach-Hefermehl, Anm. 2 zu § 8 WZG; OLG Hamburg v. 3. 10. 1952, GRUR 53, S. 177 (178) - le rouge baiser -

2) Diese Definition gibt Klauer-Möhring-Nirk, PatG, Anm. 26 zu § 9 PatG

verleihen. Die schuldrechtlichen Beschränkungen entfalten Wirkungen nur zwischen den Vertragspartnern, ihre Verletzung löst lediglich eine Schadensersatzpflicht aus.

Anders dagegen die dingliche Beschränkung[1], bei der das Ausschließlichkeitsrecht nicht in vollem Umfange übertragen wird, sondern nur zu einem 'abgespaltenen' Teil, während der übrige Teil des Ausschließlichkeitsrechts bei dem Patentinhaber verbleibt oder auch auf einen anderen Lizenznehmer übertragen werden kann.[2] Daher entfalten diese Beschränkungen dingliche Wirkungen, denn mißachtet der Lizenznehmer eine ihm auferlegte Beschränkung (überschreitet er zum Beispiel eine zeitliche Begrenzung der Lizenzerteilung), so begeht er neben der Verletzung des Lizenzvertrages auch eine echte Patentverletzung.[3] Die Vertragsfreiheit, auf der letztlich die Möglichkeiten zur Beschränkung einfacher oder dinglicher Lizenzen beruhen, ist zunächst begrenzt durch das Prinzip des Typenzwangs der dinglichen Rechte.[4] Eine weitere, entscheidende Einschränkung erfährt die Vertragsfreiheit durch die nationalen und internationalen kartellrechtlichen Bestimmungen, die sowohl

---

1) Solche dinglichen Beschränkungen sind nach den Ausführungen oben S.11f bei der Warenzeichenlizenz nicht möglich.

2) Klauer-Möhring-Nirk, Anm. 47 zu § 9 PatG

3) unstreitig; siehe statt aller E. Reimer in Reimer, Anm. 15 zu § 9 PatG

4) Dazu ausführlich Strohm, S. 147 f

den dinglichen wie auch den obligatorischen Lizenzbeschränkungen im Interesse der Freiheit des Wettbewerbs Grenzen setzen. Einige der typisch patentrechtlichen Beschränkungen, die sich wegen ihrer marktregelnden Auswirkungen besonders stark der Grenze zur unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nähern oder diese überschreiten, sollen nachfolgend näher untersucht werden.

1. Alleinlizenz

Der Inhaber eines Schutzrechts kann sich zunächst entschließen, eine Lizenz an dem Recht generell nur einem Vertragspartner zu erteilen. Bei einer einfachen Lizenz müßte der Ausschluß jeglicher weiterer Lizenzvergabe vertraglich vereinbart werden, während bei der ausschließlichen Lizenz bereits die Übertragung auch der negativen Abwehrrechte auf den Lizenznehmer bewirkt, daß der Patentinhaber im Umfange des abgegebenen Rechts keine weiteren Lizenzen mehr vergeben kann, durch die die Rechtsstellung des ausschließlichen Lizenznehmers beeinträchtigt werden würde.[1] Die Exklusivlizenz stellt daher eine Beschränkung des Lizenzgebers dar, durch die andererseits die Stellung des Lizenznehmers entscheidend gestärkt wird, da er für das geschützte Produkt nicht mehr die Konkurrenz weiterer Lizenznehmer zu befürchten hat.[2] Gerade ein kapitalkräftiger Lizenznehmer, der seine Stellung am Markt durch die Lizenznahme stärken will, wird häufig nur unter der Bedingung einer exklusiven Bindung zum Vertragsschluß bereit

---

1) Klauer-Möhring-Nirk, Anm. 29 zu § 9 PatG

2) so auch Loewenheim, Warenzeichen, S. 91

sein.[1]

2. Verwertungsausschluß für den Lizenzgeber

Eine weitere Lizenzgeberbeschränkung stellt der vertragliche Ausschluß des Benutzungsrechts für den Schutzrechtsinhaber selbst dar.[2] Diese Abrede wirkt sich zugunsten des Lizenznehmers dahin aus, daß ihm nunmehr eine 'absolute Alleinlizenz' zusteht, das bedeutet, daß er im gesamten Schutzgebiet der einzige ist, der das Schutzrecht benutzen kann. Im Warenzeichenrecht ist ein solcher Zustand nur durch eine Vollübertragung zu erreichen[3], bei den technischen Schutzrechten (abgesehen vom technischen Geheimnis) und beim Urheberrecht[4] ist er bereits Folge der dinglichen Wirkung der Lizenz. Bei den letztgenannten Rechten muß der Verbleib des Verwertungsrechts auch für den Lizenzgeber gesondert vereinbart werden, sogenannte beschränkt ausschließliche Lizenz.[5]

3. Alleinlizenz mit Gebietsschutz

Schließlich kann das Schutzrecht auch in der Weise verwertet werden, daß es der Rechtsinhaber an mehrere Nehmer lizenziert, das Benutzungsrecht der

---

1) So besonders deutlich Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 64

2) Siehe Ullrich, Ausschließliche Patentlizenz, ZHR 137 (1973), S. 134 ff (137)

3) so besonders v. Gamm, WZG, Anm. 4 zu § 8 WZG

4) v. Gamm, UrhG, Einführung, Anm. 87

5) Klauer-Möhring-Nirk, PatG, Anm. 29 und 48 zu § 9 PatG

Lizenznehmer jedoch auf ein bestimmtes räumliches Gebiet beschränkt wird, zum Beispiel auf das Gebiet eines Bundeslandes. Diese sogenannte Gebietslizenz bietet zunächst für den Lizenznehmer den Vorteil, daß er für die ihm lizenzierte Benutzungsart (beispielsweise Herstellung des geschützten Produkts oder auch nur der Vertrieb der Ware) in dem ihm zugewiesenen Gebiet Schutz vor gleichen Verwertungshandlungen nicht nur anderer Lizenznehmer, sondern auch des Lizenzgebers selbst genießt. Benutzt in seinem Gebiet ein anderer das Schutzrecht in einer Weise, die dem Lizenznehmer vorbehalten ist, so kann der Gebietslizenznehmer dagegen mit der Patentverletzungsklage vorgehen.[1] Damit werden ihm die Früchte seiner Marktbearbeitung (Service, Werbung etc.) in seinem Gebiet reserviert; die Konkurrenz durch das eigene Produkt (intrabrand-Wettbewerb) wird ausgeschaltet.[2]

Dem Lizenzgeber andererseits gelingt es durch die Gebietslizenz, sein Schutzrecht mehrfach zur Benutzung zu übertragen, ohne daß der Wert der Einzellizenz sinkt.[3]

Durch die Aufsplitterung in Teilmärkte[4] wird er-

---

1) Siehe statt aller E. Reimer in Reimer, PatG, Anm. 10 zu § 9 PatG

2) Loewenheim, Warenzeichen, S. 91

3) Den wirtschaftlichen Unterschied zwischen einfacher Lizenz und Exklusivlizenz hebt Klauer-Möhring-Nirk, Anm. 38 zu § 9 PatG deutlich hervor.

4) Innerhalb eines einheitlichen Staatsgebietes wird diese Möglichkeit für das Verlagsrecht ausgeschlossen von Ulmer, § 76 II 2, S. 339; ihm folgend D. Reimer, Erschöpfungsgrundsatz, GRUR Int., 1972, S. 221 ff (226, li. Sp.)

reicht, daß der Gesamtmarkt intensiver bearbeitet wird, ein Ziel, das der Schutzrechtsinhaber allein unter Umständen nur mit erhöhten Investitionen (zum Beispiel Aufbau einer Vertriebsorganisation) hätte erreichen können. Damit stellt sich die Exklusivlizenz mit Gebietsschutz als diejenige Verwertungsform eines Schutzrechts dar, die den Interessen beider Lizenzpartner weitestgehend entgegenkommt.

§ 2: Sachliche und räumliche Grenzen der Lizenzen an gewerblichen Schutzrechten

Die positiven Nutzungsrechte und die negativen Ausschlußbefugnisse verleihen zusammen dem Rechtsinhaber eine sehr starke Rechtsposition: er kann Dritten jede gewerbliche Benutzung der geschützten Gegenstände verbieten; dieses Recht scheitert nicht einmal am guten Glauben des Benutzers.[1] Gerade das Fehlen eines Gutglaubensschutzes im Bereich der gewerblichen Schutzrechte würde den Schutzrechtsinhaber in die Lage versetzen, den weiteren Weg des von ihm in den Verkehr gebrachten Gegenstandes über alle Absatzstufen bis hin zum Endabnehmer zu kontrollieren oder an beliebige Konditionen (zum Beispiel hinsichtlich der Preisstellung) zu binden. Eine derart weitreichende Rechtsmacht des Inhabers eines Immaterialgüter-

---

1) Lindenmaier-Weiss, PatG, Anm. 46 zu § 9 PatG

rechts würde - ohne seine Interessen noch wesentlich fördern zu können[1] - den freien Warenaustausch und damit die Allgemeinheit in unzumutbarer Weise belasten.[2] Um die sachliche Begrenzung des Immaterialgüterschutzes im Interesse eines ungehinderten Wirtschaftsverkehrs bemüht sich die im Folgenden darzustellende Lehre von der Erschöpfung der gewerblichen Schutzrechte.

I. Die Erschöpfungslehre

Diese Lehre besagt, daß der geschützte Gegenstand mit dem Augenblick gemeinfrei wird, in dem er vom Schutzrechtsinhaber oder von einem von ihm dazu ermächtigten Dritten (Lizenznehmer) rechtmäßig in Verkehr gebracht wird; damit ist das ausschließliche Nutzungsrecht verbraucht, weiteren Verbietungsrechten steht die gebotene Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse eines freien und ungehinderten Wirtschaftsverkehrs entgegen.[3]

---

1) So ausdrücklich Blasendorff, Zur Erschöpfung des Patentrechts, in Festschrift W. vom Stein, 1961, S. 13 und Tetzner, Die Erschöpfung des Patentrechts, NJW 1962, S. 2033 ff (2036)

2) Benkard-Bock-Bruchhausen, PatG, Anm. 16 zu § 6 PatG; D. Reimer, Erschöpfungsgrundsatz, GRUR Int. 1972, S. 221 ff (22)

3) Unstreitig: für das Patentrecht siehe statt aller Klauer-Möhring-Hesse, Anm. 117 ff zu § 6 PatG; aus der Rechtsprechung grundlegend RG vom 26. 3. 1902, RGZ 51, S. 139 ff (140) - Guajakol-Karbonat -; BGH v. 5. 10. 1951, BGHZ 3, S. 193 (200) - Tauchpumpe -; für das Warenzeichenrecht: Baumbach-Hefermehl, WZG, Anm. 43 zu § 15 WZG; RG vom 28. 2. 1902, RGZ 50, S. 229 (231) - Kölnisch Wasser -; RG vom 2. 5. 1902, RGZ 51, S. 263 (266) - Mariani -; BGH v. 22. 1. 1964, BGHZ 41, S. 84 (88) - Maja -; BGH v. 2. 2. 1973, NJW 1973, S. 1079 - Cinzano -

Seine Rechtfertigung fand dieser Grundsatz, der auf die von Kohler[1] begründete Lehre vom 'Zusammenhang der Benutzungsarten' zurückgeht, zunächst in der Erwägung, daß der Schutzrechtsinhaber, der den geschützten Gegenstand selbst oder durch einen Lizenznehmer in den Verkehr bringt, dabei Gelegenheit hat, die aus dem gewerblichen Schutzrecht fließenden Vorteile wahrzunehmen. Im Falle der Lizenzvergabe besteht dieser Vorteil einmal darin, daß der Schutzrechtsinhaber seine Ausschließlichkeitsstellung vervielfacht[2] und damit dem geschützten Gegenstand größere Marktchancen eröffnet. Darüber hinaus zieht der Lizenzgeber in Form der Lizenzgebühren auch unmittelbare Gewinne aus der Lizenzierung.

Heute wird die Erschöpfung der Schutzrechte, die für das deutsche Urheberrecht in § 17 Abs. II UrhG erstmals gesetzlich geregelt wurde[3], dahingehend präzisiert, daß sich nicht das Schutzrecht als solches verbrauche, sondern nur die Abwehransprüche des Rechtsinhabers bezüglich einzelner, in Verkehr gebrachter geschützter Gegenstände entfalle.[4]

---

1) Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts, 1900, S. 452 ff

2) Das betont Ullrich, Patentrechtsschutz, GRUR Int. 1973, S. 53 ff (54 und dort FN 7)

3) Siehe v. Gamm, UrhG, Anm. 8 zu § 17 UrhG; aus der Rechtsprechung zum Urheberrecht grundlegend RG v. 16. 6. 1906, RGZ 63, S. 394 (398) - Koenigs Kursbuch -; BGH v. 12. 2. 1952, BGHZ 5, S. 116 (120) - Parkstraße 13 -

4) so Baumbach-Hefermehl, WZG, Anm. 43, 44 zu § 15 WZG; Tetzner, Erschöpfung, NJW 1962, S. 2033

Die moderne Lehre sieht im Erschöpfungsdogma eine schutzrechtsimmanente Interessenabgrenzung, die zwar den jeweiligen Schutzrechtsfunktionen (Belohnungsfunktion beim Patentrecht, Herkunftsfunktion beim Warenzeichen) Rechnung zu tragen hat, andererseits aber dem Immaterialgüterschutz im Interesse der Handels- und Wettbewerbsfreiheit Grenzen setzt.[1] Daraus folgt - als für alle Schutzrechte gleichermaßen verbindlicher Ausgangspunkt -, daß die Ausschließlichkeitsbefugnisse der Schutzrechte ihren Inhabern kein Vertriebsmonopol über alle Handelsstufen gewähren.[2] Da aber nur das rechtmäßige erste Inverkehrbringen die Konsumtion auszulösen vermag, diese Rechtmäßigkeit sich jedoch nach den Funktionen des jeweiligen Schutzrechts bemißt, ergeben sich für die technischen Schutzrechte und das Urheberrecht im Vergleich zum Recht am Warenzeichen unterschiedliche Lösungen. Für das Warenzeichenrecht, dessen wesensbestimmende, rechtlich geschützte Funktion darin besteht, die mit ihm versehenen Produkte ihrer Herkunft nach von solchen anderer Hersteller zu unterscheiden[3], bedeutet das, daß die Erschöpfung nur dann nicht eintritt, wenn diese Herkunftsfunktion beeinträchtigt ist. Die Her-

---

1) Benkard-Bock-Bruchhausen, PatG, Anm. 16 zu § 6 PatG; Klauer-Möhring-Hesse, PatG, Anm. 117 zu § 6 PatG; Ullrich, Staatsgrenzen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff (294 und dort FN 33); besonders ausführlich Strohm, S. 133. Deutlich auch BGH v. 22. 1. 1964, BGHZ 41, S. 84 ff (92) - Maja -

2) Nachweise wie S.

3) Allg. Ansicht: siehe statt aller Loewenheim, Warenzeichen, S. 237 ff mit zahlreichen Nachweisen

kunftsfunktion wird nicht beeinträchtigt durch den bloßen Weitervertrieb einer vom Zeicheninhaber selbst oder von seinem Lizenznehmer rechtmäßig gekennzeichneten Ware. Dagegen liegt tatbestandlich eine Zeichenrechtsverletzung vor, wenn ein Händler die Ware durch Verbindung, Verarbeitung oder sonstigen Eingriff in ihrer Eigenart verändert und dennoch unter dem ursprünglichen Zeichen veräußert, denn dann ist die Identität von Ware und Herkunft aus dem Betrieb des Zeicheninhabers zerstört.[1]

Grundsätzlich gewähren auch die technischen Schutzrechte und das Urheberrecht ihrem Inhaber kein Vertriebsmonopol, jedoch ergibt sich für diese Rechte ein wesentlicher Unterschied aus der Tatsache, daß diese Rechte mit dinglicher Wirkung aufgespalten werden können und Teilbefugnisse im Wege ausschließlicher Lizenzen auf Dritte übertragen werden können. In diesen Fällen der Teilübertragung tritt die Erschöpfung des Schutzrechts durch eine Verwertungshandlung des Lizenznehmers nur dann ein, wenn sich dieser im Rahmen der ihm eingeräumten Befugnis hält. Überschreitet dagegen der Lizenznehmer diese Befugnis, verkauft beispielsweise ein Gebietslizenznehmer die patentgeschützte Ware außerhalb des ihm zugewiesenen Gebiets, dann begehen er selbst und auch seine Abnehmer eine tatbestandliche Patentrechtsverletzung, gegen die dem Patentinhaber die Rechte aus § 47

---

1) wie hier Baumbach-Hefermehl, WZG, Anm. 44 zu § 15 WZG; D. Reimer, Erschöpfungsgrundsatz, GRUR Int. 1972, S. 221 ff (222)

PatG, also Unterlassungsanspruch und Schadensersatz, zustehen.[1]

Zusammenfassend ist der Zweck der Erschöpfungslehre dahingehend zu bestimmen, daß mit ihrer Hilfe den Verbietungsrechten der gewerblichen Schutzrechte dort eine Grenze gesetzt wird, wo diese über den Schutz der anerkannten Funktionen der Immaterialgüterrechte hinausgehen und zu einer Beeinträchtigung der Freiheit des Wirtschaftsverkehrs führen.

Diese Wirkung des Erschöpfungsdogmas als schutzrechtsimmanente Schranke ist für den nationalen Bereich einhellig anerkannt. Im Hinblick auf die zunehmende Verflechtung verschiedener nationaler Märkte - insbesondere durch die Schaffung eines einheitlichen Marktes in Europa - erhebt sich die Frage, ob auch eine Benutzungshandlung im Ausland zum Verbrauch des inländischen Schutzrechts führen kann und damit die Frage nach der räumlichen Begrenzung der Schutzrechte.

---

1) Klauer-Möhring-Hesse, PatG, Anm. 121 zu § 6 PatG; Benkard-Bock-Bruchhausen, PatG, Anm. 17 zu § 6 PatG; BGH v. 8. 6. 1967, GRUR 1967, S. 676 (680) - Gymnastiksandale -; a. M. insoweit Tetzner, Erschöpfung, NJW 1962, S. 2033 ff (2036). Zum Urheberrecht siehe BGH v. 28. 11. 1958, GRUR 1959, S. 200 (203) - Der Heiligenhof -; ebenso D. Reimer, Erschöpfungsgrundsatz, GRUR Int. 1972, S. 221 ff (226, li. Sp.), der allerdings zu Recht Gebietsaufteilungen im nationalen Bereich für das Urheberrecht ablehnt.

II: Die Territorialität der Schutzrechte

Die räumliche Geltung der gewerblichen Schutzrechte richtet sich nach dem Territorialitätsprinzip, welches besagt, daß sich der Geltungs- und Wirkungsbereich staatlicher Normen und sonstiger Rechtsakte beschränkt auf das Hoheitsgebiet des Staates, der diese Normen und Rechtsakte gesetzt hat. Ohne auf die umstrittene Frage nach dem Geltungsgrund[1] des Territorialitätsprinzips eingehen zu müssen, läßt sich dem Prinzip für den Bereich der gewerblichen Schutzrechte die Funktion einer allseitigen Kollisionsnorm entnehmen[2], das heißt, das Territorialitätsprinzip vermittelt die rechtliche Anknüpfung eines Verletzungstatbe-

---

1) An den staatlichen Verleihungsakt bei der Entstehung der Schutzrechte und damit an völkerrechtliche Grundsätze knüpfen an: Troller, Immaterialgüterrecht I, S. 135; Nirk, Zum Anwendungsbereich des Territorialitätsprinzips, in Ehrengabe für Heusinger, 1968, S. 217 (224); Neuhaus, Grundbegriffe des IPR, 1962, S. 121; im Ergebnis auch Deutsch, Warenzeichenlizenz, S. 471. Aus der Rechtsprechung grundlegend das RG v. 20. 9. 1927, RGZ 118, S. 76 (81 f.) - Hengstenberg -; BGH v. 22. 1. 1964, BGHZ 41, S. 84 (89) - Maja -. Dagegen Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 74 ff. (86); Möschel, Paralleleinfuhr, S. 108 ff. (113) und Riehle, Parallelimport, S. 78, die den Geltungsgrund des Territorialitätsprinzips aus dem Wesen der Schutzrechte herleiten.

2) Darüber besteht Einigkeit: siehe Deutsch,

standes an die Rechtsordnung des Ursprungsstaates des Schutzrechts.

Aus dieser Wirkung der Territorialität ergeben sich für die Schutzrechte wichtige Folgen:

Zunächst die, daß für die Durchsetzung der Ausschließlichkeitsbefugnisse allein die Rechtsordnung desjenigen Staates maßgeblich ist, der das Schutzrecht erteilt hat. Weitere Folge ist, daß inländische Schutzrechte nicht durch im Ausland vorgenommene Benutzungshandlungen verletzt werden können, mit anderen Worten: Schutzbereich und Verletzungsort müssen übereinstimmen.[1]

Schließlich ergibt sich aus der Nationalitätsgebundenheit der Schutzrechte die Konsequenz, daß bei gleichzeitigem Schutz einer Marke oder

---

Fortsetzung der FN 2 v. S. 23:

Warenzeichenlizenz, S. 472; Riehle, Parallelimport, S. 78; im Ergebnis auch Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 96.

1) einhellige Auffassung: siehe dazu außer den zuvor in FN 2), S. 23, genannten Autoren noch D. Reimer, Erschöpfungsgrundsatz, GRUR Int. 1972, S. 221 ff (223); Emmerich, Schutzrechte, DB 1972, S. 1275 ff (1277); Wertheimer, Territorialitätsprinzip, in Gewerbliche Schutzrechte im EWG-Kartellrecht, 1971, S. 175 ff (177, 178); Beier, Territorialität, GRUR Int. 1968, S. 8 ff (12).

einer Erfindung in mehreren Ländern nicht ein einheitliches Marken- oder Patentrecht entsteht, sondern ein Bündel voneinander unabhängiger Schutzrechte.[1] Diese Wirkungen bilden den Kern des Territorialitätsprinzips im gewerblichen Rechtsschutz.

III: Marktaufspaltung durch parallele Schutzrechte

Die soeben beschriebenen Wirkungen des Territorialitätsprinzips könnten den Schluß nahelegen, daß es dem Inhaber paralleler Schutzrechte für dasselbe Schutzgut in verschiedenen Staaten möglich sein müßte, die Einfuhr von geschützten Produkten (Markenartikeln, Patenterzeugnissen etc.) in den einen Schutzstaat mit einer Verletzungsklage auch dann zu unterbinden, wenn er selbst das Produkt in dem anderen

---

1) So für das Patentrecht: Klauer-Möhring-Hesse, Anm. 173 zu § 6 PatG. Für das Warenzeichenrecht: Baumbach-Hefermehl, WZG, Anm. 45 zu § 15 WZG. Ebenso BGH v. 29. 2. 1968, BGHZ 49, S. 331 ff (335) - Voran - für das Sortenschutzrecht.

Schutzstaat in Verkehr gesetzt hat (Parallelimportverbot). Folgendes Beispiel[1] mag diesen Sachverhalt verdeutlichen:

Ein Markenartikelhersteller im Staat A hat für sein Produkt außer im Staat A auch im Staat B Schutz unter demselben Zeichen erlangt. Das von ihm selbst im Staat B (oder von seinem dortigen Lizenznehmer) hergestellte, gekennzeichnete und in Verkehr gesetzte Produkt wird von Dritten aufgekauft und in den Staat A importiert. Die Frage lautet nun, ob der Hersteller diesen Importen - gestützt auf sein Schutzrecht im Staat A - mit der zeichenrechtlichen Verbietungsklage entgegentreten kann. Das mit dieser Frage aufgeworfene rechtliche Problem lautet: wirkt sich die territoriale Begrenzung der gewerblichen Schutzrechte dahin aus, daß die im Staat B vorgenommene Benutzungshandlung ohne Einfluß auf das Schutzrecht im Staat A bleibt, insbesondere nicht zu einer Erschöpfung des Schutzrechts im Staat A führt?

Bejahte man diese Frage, so wäre dem Inhaber paralleler Schutzrechte in verschiedenen Staaten

---

1) Weitere Beispiele und eine ausführliche Kennzeichnung der wirtschaftlichen Interessenlage finden sich bei Beier, Territorialität, GRUR Int. 1968, S. 8 ff (9, 10)

die Möglichkeit eröffnet, die einzelnen Märkte vollkommen abzuschotten und die für das geschützte Produkt jeweils gegebene Marktsituation - insbesondere unterschiedliche Preisniveaus[1] - ungestört auszunutzen.

Diese Ziel wäre erreichbar durch die Vergabe von national begrenzten Lizenzen und deren Absicherung durch den einzelnen Lizenznehmern auferlegte Quer- und Rücklieferungsverbote. Mit der Marktaufspaltung würde der Schutzrechtsinhaber und Lizenzgeber gleichzeitig eine **Beschränkung** auf den sogenannten 'interbrand-Wettbewerb' (durch Ausschluß des intrabrand-Wettbewerbs) bewirken und damit auch den eigenen Wirtschaftsraum für das Originalprodukt konkurrenzlos stellen.

Eine derart weitreichende Wirkung ist dem Territorialitätsprinzip jedoch nicht zu entnehmen. Als Kollisionsnorm entscheidet es lediglich darüber, ob ein für das Schutzrecht bedeutsamer Tatbestand der inländischen oder einer ausländischen Rechtsordnung unterfällt.[2]

Dagegen kommt dem Territorialitätsprinzip nicht der Charakter einer Sachnorm zu, die aus sich

---

1) Das betonen Loewenheim, Warenzeichen, S. 91 und besonders deutlich Beier, aaO., S. 8 f. Eine Übersicht über Preisunterschiede in der Gemeinschaft der Sechs geben v. d. Groeben-Mestmäcker, Ziele und Methoden der europäischen Integration, S. 49

2) Siehe dazu die Nachweise auf S. 19, Fn. 1

heraus die Unzulässigkeit von Parallelimporten statuiert.[1] Aus der territorialen Begrenzung der Schutzrechte folgt insbesondere nicht, daß ausländische Tatbestände für die rechtliche Beurteilung eines Schutzrechtsanspruchs außer Betracht zu bleiben hätten.[2] Am Beispiel[3] des § 11 Abs. I Nr. 2 WZG zeigt sich deutlich, daß dies sehr wohl der Fall sein kann: Stellt der Inhaber eines deutschen Warenzeichens seinen im Ausland belegenen Geschäftsbetrieb ein, so unterliegt sein deutsches Warenzeichen genauso der Löschung, als wenn der Geschäftsbetrieb in Deutschland belegen wäre. Im Patentrecht wird aus dem Wortlaut des § 2 S. 1 PatG geschlossen, daß auch **ausländische** Vorveröffentlichungen neuheitsschädlich sind und gegebenenfalls einer Patenterteilung entgegenstehen.[4]

Nach alledem kann festgestellt werden, daß das Territorialitätsprinzip nicht der Berücksichtigung eines ausländischen Inverkehrbringens bei

---

1) Koppensteiner, Parallelimport, AWD BB 1971, S. 357 ff (358); Riehle, Parallelimport, S. 102; Wertheimer, Territorialitätsprinzip, in Gewerbliche Schutzrechte im EWG-Kartellrecht, 1971, S. 175 ff (178); Beier, Territorialität, GRUR Int. 1968, S. 8 ff (13)

2) So schon Steindorff, Sachnormen, S. 135; ebenso die in Fn. 1 angeführten Autoren und außerdem Emmerich, Gewerbliche Schutzrechte, DB 1972, S. 1275 ff (1278)

3) Dieses und weitere Beispiele führt Beier, Territorialität, GRUR Int. 1968, S. 12 auf. Auf den Einzelfallcharakter dieser Beispiele weist zutreffend Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 99 f hin.

4) Siehe statt aller Klauer-Möhring-Technau, Anm. 8 a. E. zu § 2 PatG.

der Anwendung der inländischen Schutzrechte entgegensteht; ob allerdings die im Ausland erfolgte Benutzungshandlung zur Erschöpfung auch des inländischen Schutzrechts führt und damit eine Verhinderung der Parallelimporte von Originalwaren unmöglich wird, ist damit noch nicht entschieden. Diese Frage beantwortet sich ausschließlich nach dem Inhalt, den die anzuwendende Rechtsordnung dem jeweiligen Schutzrecht verliehen hat.

1. Marktaufspaltung durch Warenzeichen

Im Warenzeichenrecht ließe sich eine Marktaufspaltung mittels der Verletzungsklage gegenüber Parallelimporten nur dann erreichen, wenn in der Einfuhr der Originalware eine Verletzung der Herkunftsfunktion zu sehen wäre. Dies ist dann zu verneinen, wenn die Ware - wie in obigem Beispiel - von dem in- und ausländischen Markeninhaber selbst stammen, denn in diesem Falle weist das Zeichen stets auf die Herkunft des Erzeugnisses aus demselben Betrieb hin[1]; im übrigen handelt es sich in diesen Fällen nicht um

---

1) Herrschende Meinung; Baumbach-Hefermehl, WZG, Anm. 47 zu § 15 WZG; Riehle, Parallelimport, S. 209; Beier, aaO., GRUR Int. 1968, S. 15; D. Reimer, Erschöpfungsgrundsatz, GRUR Int. 1972, S. 223. BGH v. 22. 1. 1964, BGHZ 41, S. 84 (88) - Maja -. a. M. v. Gamm, WZG, Anm. 29 und 33 zu § 15 WZG; ders., Zeichenverletzung, WRP 1962, S. 79 ff (82) und Troller, Unabhängigkeit, GRUR Int. 1960, S. 244 ff (251)

'widerrechtlich' gekennzeichnete Ware im Sinne des § 24 WZG.[1]

Das Gleiche gilt, wenn das Zeichen im Ausland einem ausschließlichen Lizenznehmer[2] oder einem abhängigen Unternehmen (Konzernunternehmen)[3] zur Nutzung übertragen ist. In diesen Fällen weist das Zeichen nicht auf die Herkunft aus einer bestimmten (nationalen) Betriebsstätte (einer Tochtergesellschaft oder eines Lizenznehmers) hin, sondern dient als Hinweis auf die Herkunft aus einem multinationalen Konzern. Benutzungshandlungen eines Konzernunternehmens müssen sich die anderen Konzernunternehmen - auch die Konzernmutter - als eigene zurechnen lassen.[4]

Selbst bei einem Vertrieb qualitativ unterschiedlicher Erzeugnisse in verschiedenen Ländern unter der gleichen Marke kann der Rechtsinhaber die einzelnen Absatzgebiete nicht mit zeichenrechtlichen Mitteln abriegeln.

Seine Absicht, die Ware in dieser bestimmten Beschaffenheit nur auf einem bestimmten nationalen Markt in den Verkehr zu bringen, muß zeichen-

---

1) Auf das Fehlen dieses Tatbestandsmerkmals stellt Emmerich, aaO., DB 1972, S. 1275 ff (1278) ab; ebenso Heydt, Parallelimporte, GRUR 1969, S. 450 ff (456)

2) dazu Baumbach-Hefermehl, WZG, Anm. 50 zu § 15 WZG; D. Reimer, aaO., GRUR Int. 1972, S. 223

3) Loewenheim, Warenzeichen, S. 384; D. Reimer, aaO., S. 223

4) Baumbach-Hefermehl, WZG, Anm. 53 zu § 15 WZG; OLG Düsseldorf v. 29. 3. 1963, GRUR 1964, S. 207 (208) - Revlon II -; ebenso schon Beier, aaO., GRUR Int. 1968, S. 17

rechtlich außer Betracht bleiben, weil dieser Entschluß aus der Marke nicht ersichtlich ist. Gäbe man dem Zeicheninhaber oder einem von ihm abhängigen Unternehmen die zeichenrechtliche Abwehrklage gegenüber Parallelimporten von Waren unterschiedlicher Qualität, würde der internationale Handel einer erheblichen Rechtsunsicherheit ausgesetzt werden.[1] Außerdem darf nicht übersehen werden, daß andernfalls der Zeicheninhaber mit einer unter Umständen nur geringfügigen Qualitätsdifferenzierung seine preis- und vertriebspolitischen Interessen erfolgreich kaschieren könnte.[2]

Damit ergibt sich für den Bereich des Warenzeichenrechts, daß dieses Schutzrecht den Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnet, Marktaufspaltungen nach Staatsgrenzen mit zeichenrechtlichen Mitteln abzusichern. Parallelimporte von Originalware können nicht mit der zeichenrechtlichen Verbietungsklage verhindert werden: eine Auffassung, die sich im europäischen Bereich mehr und mehr durchsetzt.[3]

---

1) So ausdrücklich BGH v. 2. 2. 1973, NJW 1973, S. 1079 ff (1081) - Cinzano -; a. M. Baumbach-Hefermehl, WZG, Anm. 54 zu § 15 WZG unter Berufung auf die Garantiefunktion des Warenzeichens; entsprechend Riehle, Parallelimport, S. 123 ff; Loewenheim, aaO., S. 241

2) Auf diese Konsequenz weist bereits Beier, aaO., GRUR Int. 1968, S. 15 hin.

3) Siehe dazu die Länderübersichten bei Möschel, Paralleleinfuhr, S. 60 ff; Riehle, Parallelimport, S. 250 ff; außerdem Beier, Anm. zum 'Agfa'-Urteil des Österreichischen OGH in GRUR Int. 1971, S. 92 ff (95). Wie hier auch Mailänder in Gemeinschaftskommentar, Anm. 45, Nr. 3 zu Art. 85 W EGV.

2. Marktaufspaltung durch Leistungsschutzrechte

Anders als im Warenzeichenrecht geht die herrschende Meinung bei den technischen Schutzrechten (Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmuster-Sortenschutzrecht) und dem Urheberrecht davon aus, daß Parallelimporte von Originalware eine Verletzung des inländischen Schutzrechts darstellen und demgemäß mit der entsprechenden Verbietungsklage abgewehrt werden können.[1]

Der Ausschluß einer Erschöpfung des inländischen Schutzrechts durch eine im Ausland vorgenommene Benutzungshandlung wird - abgesehen von der unzutreffenden Berufung auf das Territorialitätsprinzip - mit den jeweiligen Funktionen der Schutzrechte begründet. Diese Funktionen bestünden nach Ansicht der Mehrzahl der Autoren darin, dem Berechtigten eine Belohnung für seine technische oder kulturelle Leistung zu sichern und so - jedenfalls im Patentrecht - einen Ausgleich für die oft beträchtlichen Forschungsinvestitionen zu schaffen.[2] Um diese Funktion der Schutz-

---

1) Benkard-Bock-Bruchhausen, PatG, Anm. 16 zu § 6 PatG; Klauer-Möhring-Hesse, PatG, Anm. 127 zu § 6 PatG; Reimer-Weiss, PatG, Anm. 46 zu § 6 PatG; Bernhardt, S. 208; Samwer, Auswirkungen, GRUR Int. 1969, S. 1 ff (7, 13); Wertheimer, Territorialitätsprinzip, in: Gewerbliche Schutzrechte im EWG-Kartellrecht, 1971, S. 1175 ff (1179). Für das Urheberrecht: v. Gamm, UrhG, Anm. 12 zu § 17 UrhG; differenzierend D. Reimer, aaO., GRUR Int. 1972, S. 224 (228). Für das Sortenschutzrecht BGH v. 29. 2. 1968 BGHZ 49, S. 331 (334) - Voran -

2) Reimer-Nastelski, PatG, Anm. 1 zu § 6 PatG; Bernhardt, Lehrbuch des Patentrechts, S. 1 ff.

rechte zu gewährleisten, müsse der Schutzrechtsinhaber auch den Importen solcher Originalerzeugnisse entgegentreten können, die er selbst oder ein von ihm abhängiges Unternehmen im Ausland, wo für dieselbe Leistung paralleler Schutz besteht, in Verkehr gesetzt hat. Da die genannten Schutzrechte aufspaltbar sind und Teilrechte mit dinglicher Wirkung auf Dritte übertragen werden können, müsse das Gleiche gelten für die Benutzungshandlungen eines auf das Gebiet eines Staates beschränkten Lizenznehmers.

Dieser herrschenden Meinung ist zunächst entgegenzuhalten, daß das Territorialitätsprinzip im gesamten Bereich der gewerblichen Schutzrechte eine einheitliche Wirkung haben muß und nicht im Warenzeichenrecht zu anderen Ergebnissen führen kann als im Patentrecht.[1] Im Übrigen läßt sich - wie bereits gezeigt wurde -[2] dem Territorialitätsprinzip eine Begründung für das Verbot von Parallelimporten nicht entnehmen.

Fortsetzung der Fn. 2 v. S. 32:

Grundlegend zu den einzelnen Patentrechtstheorien Machlup, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, GRUR Int. 1961, S. 373 ff, 473 ff und 524 ff (534), der zu Recht hervorhebt, daß die verschiedenen Gesichtspunkte zur Rechtfertigung miteinander zu verbinden sind, ebenso Samwer, GRUR Int. 1969, S. 1 ff (4). Zum Urheberrecht siehe Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht 1974, S. 129. Kritisch dagegen D. Reimer, aaO., GRUR Int. 1972, S. 221 ff (225 f)

1) Das betont Beier, Anm. zum 'Agfa'-Urteil des Österreichischen OGH, GRUR Int. 1971, S. 92 ff (95)

2) oben, S. 27 f

Aber auch die Belohnungsfunktion -ebensowenig wie die übrigen zur Rechtfertigung der patentrechtlichen Sonderschutzgewährung vertretenen Theorien[1] - vermag eine Aufspaltbarkeit nach nationalen Märkten nicht zu untermauern. Die dem Rechtsinhaber über das jeweilige 'Monopol'-recht zugedachte Belohnung wird mit dem ersten Inverkehrbringen kassiert; die Belohnungsfunktion kann also nur bis zur ersten Benutzungshandlung reichen.[2] Ob diese Verwertungshandlung im Inland oder im Ausland vorgenommen wird, kann keinen Unterschied machen, denn jedenfalls dann, wenn auch im Ausland paralleler Schutz besteht, kann der Rechtsinhaber die ihm zugedachte Vorzugsstellung ausnutzen. Darüber hinaus ist zu beachten, daß zwar alle nationalen Patente rechtlich voneinander unabhängig sind, daß sie aber alle dem Schutz derselben Erfindung dienen. Die bloße Möglichkeit aber, ein Bündel von Schutzrechten für eine identische Leistung zu erlangen, kann nicht zu einer inhaltlichen Erweiterung des 'Monopolrechts' führen.[3]

---

1) Keiner der Theorien ist eine Aussage über Form und Reichweite der Sonderschutzgewährung zu entnehmen. Wie hier auch Strohm, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 44 f (für die Belohnungstheorie) und auch Koppensteiner, Parallelimport, RIW/AWD 1971, S. 357 ff (364)

2) So ausdrücklich Emmerich, Gewerbliche Schutzrechte, DB 1972, S. 1275 ff (1278 f)

3) So auch Schatz, Erschöpfung des Patentrechts, GRUR Int. 1970, S. 215; ebenso Koppensteiner, GRUR Int. 1972, S. 413 ff (414)

Aus diesen Gründen befürworten einige Autoren zu Recht eine Erschöpfung auch des inländischen Leistungsschutzrechts in den Fällen, in denen der Schutzrechtsinhaber selbst oder ein mit ihm (konzernmäßig) verbundenes Unternehmen den geschützten Gegenstand im Ausland in Verkehr gesetzt hat.[1] Auch die Erteilung einer auf das Gebiet eines ausländischen Staates beschränkten, ausschließlichen Lizenz rechtfertigt kein anderes Ergebnis.[2] In diesen Fällen fließt dem Rechtsinhaber der 'Monopolgewinn' in Form der Lizenzgebühr zu. Im übrigen kann dem Lizenznehmer nicht eingeräumt werden, was dem Rechtsinhaber und Lizenzgeber selbst nicht zusteht.[3] Die bloße Möglichkeit der Abspaltung einzelner Teilbefugnisse und ihre getrennte Übertragung zusammen mit den entsprechenden Verbietungsrechten berech-

---

1) Koppensteiner, Parallelimport, RIW/AWD 1971, S. 357 ff (366); Schatz, aaO., GRUR Int. 1970, S. 213; Emmerich, aaO., DB 1972, S. 1279; Schröter, Rechtsprechung, WRP 1971, S. 356 ff (363); D. Reimer, aaO., GRUR Int. 1972, S. 221 (228)

2) Anders aber D. Reimer, aaO., GRUR Int. 1972, S. 228, 229, der für den Fall der beschränkten Lizenzvergabe die Anwendbarkeit der Belohnungstheorie ausschließt; ähnlich für das geteilte Verlagsrecht auch Ulmer, GRUR Int. 1972, S.415 in einer Erwiderung auf die Thesen von Koppensteiner; weiter Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, § 76, II, 2, S. 339

3) Auf diesen Gesichtspunkt weist Ullrich, Patentrechtsschutz, GRUR Int. 1973, S. 53 ff (55) hin; ebenso Mailänder, Gemeinschaftskommentar, Anm. 46 Nr. 3 zu Art. 85 EWGV.

tigt den Lizenzgeber nicht, auf Kosten der Freiheit des internationalen Warenverkehrs den Absatz des geschützten Produkts bis hin zum Endabnehmer zu kontrollieren und so eine gewinnorientierte Ausnutzung regionaler Preisdifferenzen durchzusetzen.[1]

Nach allem ist - entgegen der noch herrschenden Meinung - festzuhalten, daß auch die Leistungsschutzrechte ihrem Inhaber nicht die Befugnis verleihen, nationale Märkte abzuriegeln und Parallelimporten mit den jeweiligen Abwehrrechten entgegenzutreten. Jedoch nötigt die abweichende Entscheidungspraxis der Gerichte[2] in den Fällen, in denen vertriebspolitische und andere wirtschaftliche Interessen mit den Mitteln der Schutzrechte durchgesetzt werden sollen, dazu, nach Möglichkeiten zu suchen, wie die Freiheit von Wettbewerb und Warenverkehr unter Wahrung der berechtigten Interessen der Schutzrechtsinhaber gewährleistet werden können.

---

1) Wie hier auch Koppensteiner, Parallelimport, RIW/AWD 1971, S. 357 ff (363 f); ders., in GRUR Int. 1972, S. 413 ff (414); ebenso Schatz, Erschöpfung, GRUR Int. 1970, S. 213; im Ergebnis auch Ullrich, Patentrechtsschutz, GRUR Int. 1973, S. 53 ff (59)

2) Für die BRD siehe BGH v. 29. 2. 1968 BGHZ 49, S. 331 ff - Voran -. Zur Rechtsprechung im EWG-Bereich siehe die Länderübersicht bei Möschel, Paralleleinfuhr, S. 60 ff; Schumacher, Territorialitätsprinzip, GRUR Int. 1966, S. 305 ff (307 f, für Warenzeichen); Schatz, aaO., GRUR Int. 1970, S. 207 ff (208, 213); Wertheimer, Wettbewerbsvorschriften, GRUR Int. 1966, S. 312 ff (324)

Teil II: Die nationalen Schutzrechte und das Kartellrecht des EWG-Vertrages

Es ist eine Folge der Gewährung bestimmter Ausschließlichkeitspositionen, daß die gewerblichen Schutzrechte in einer Antinomie stehen zu den Bemühungen des Staates, durch die Sicherung eines freien und unverfälschten Wettbewerbs den innerstaatlichen Wirtschaftsverkehr von Behinderungen freizuhalten. Im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft erhält diese Antinomie zwei erweiternde Aspekte: Einmal kann die territoriale Begrenzung von Wirkung und Geltung der Schutzrechte auf das Gebiet des Erteilungsstaates das Ziel vereiteln, einen einheitlichen Wirtschaftsraum mit überall gleichen Bedingungen zu schaffen.

Zum anderen stehen im EWG-Bereich neun untereinander teilweise erheblich divergierende Schutzrechtsordnungen einem Wettbewerbsrecht gegenüber, das für den gesamten Raum einheitliche Geltung beansprucht.

Schon bald nach der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft wurden diese Interessengegensätze von der europarechtlichen Literatur aufgezeigt und verschiedene Lösungen vorgeschlagen, wie den Prinzipien des freien Wettbewerbs und des gewerblichen Sonderrechtsschutzes in gleichem Maße Geltung verschafft werden kann.

§ 3: Die Lösungsversuche im Schrifttum

I: Die Lehre von der totalen Bereichsausnahme

In seinem Aufsatz 'Gewerblicher Rechtsschutz und Gemeinsamer Markt'[1] vertrat Gotzen die extreme Auffassung, daß der Bereich der nationalen gewerblichen Schutzrechte gänzlich von der Anwendung des EWG-Kartellrechts, der Art. 85 und 86 EWGV, auszunehmen sei. Vielmehr sei alles, was die Existenz und den Umfang der gewerblichen Schutzrechte betreffe, in der ausschließlichen Kompetenz der nationalen Gesetzgeber verblieben.[2]

Dieses Ergebnis gewinnt Gotzen aus Art. 36 Satz 1 EWGV, wonach zum Schutze des gewerblichen und kommerziellen Eigentums Ausnahmen von dem Verbot der mengenmäßigen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, Art. 30 bis 34 EWGV, gerechtfertigt sind. Aus dieser Vorschrift sowie aus Art. 222 EWGV, wonach der EWG-Vertrag die Eigentumsordnungen der Mitgliedsstaaten unberührt läßt, folgert Gotzen, daß die aus den einzelstaatlichen Schutzrechten fließenden Beschränkungen des freien Warenverkehrs Tatsachen seien, die der Rechtsordnung des EWG-Vertrages vorgegeben seien und

---

1) GRUR Int. 1958, S. 224 ff.; ähnlich auch Monnet, Die territoriale Wirkung von Patenten im Gemeinsamen Markt, GRUR Int. 1965, S. 302 ff.

2) Gotzen, aaO., S. 225, 228.

nicht von ihr beeinflußt werden könnten. Zur weiteren Begründung seiner These beruft sich Gotzen auf Art. 90 Abs. I und II EWGV[1]: daraus ergebe sich, daß solche Beschränkungen, die nicht von den nationalen Schutzrechten gedeckt sind, ebenfalls nicht der Anwendung der Art. 85 und 86 EWGV unterlägen, sondern daß vielmehr der nationale Gesetzgeber gehalten sei, die Sonderstellungen, die er bestimmten Unternehmen einräume, mit den Zwecken und Zielen des EWG-Vertrages abzustimmen.

Die Auffassung von der totalen Bereichsausnahme ist einhellig abgelehnt worden.[2]

Die Kritik richtet sich zunächst gegen die Anwendbarkeit des Art. 90 EWGV. Zu Recht wird Gotzen entgegengehalten, daß sich diese Vorschrift nicht auf gewerbliche Sonderschutzrechte bezieht,[3] und daher für eine Ausklammerung dieser Rechte von den Kartellrechtsbestimmungen des

---

1) Gotzen, aaO., S. 227.

2) Spengler, Behandlung des gewerblichen Rechtsschutzes, GRUR Int. 1958, S. 321 ff. (325); VerLoren van Themaat, Bedeutung von Art. 36, GRUR Int. 1964, S. 21 ff. (21); Deringer, WuW/EWG-Wettbewerbsrecht, Anm. 35 zu Art. 85 Abs. I EWGV; ders., Gewerbliche Schutzrechte, GRUR Int. 1968, S. 105; v.d.Groeben-v.Boeckh-Thiesing, EWGV, Anm. 121 zu Art. 85 EWGV; zuletzt Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 16.

3) Dazu ausführlich Spengler, GRUR Int. 1958, S. 325; ebenso Deringer, WuW/EWG-Kartellrecht, Anm. 55 zu Art. 90 Abs. I EWGV; deutlich auch Magen, Lizenzverträge und Kartellrecht, S. 75.

EWG-Vertrages nicht ins Feld geführt werden kann. Eine solche (totale) Ausklammerung ist auch Art. 36 Satz 1 EWGV nicht zu entnehmen. Wie sich schon aus der Stellung der Vorschrift im Kapitel über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedsstaaten, insbesondere aber auch aus dem Wortlaut der Ausnahmeregelung des Art. 36 Satz 1 und vor allem aus der in Satz 2 der Vorschrift statuierten Einschränkung ergibt[1], läßt Art. 36 Satz 1 EWGV lediglich Ausnahmen von den Verbotsregeln der Art. 30 bis 34 EWGV zu, normiert aber nicht gleichzeitig auch eine Freistellung von den Wettbewerbsvorschriften der Art. 85 und 86 EWGV.[2]

Nachdem auch der EuGH diese Argumente zur Widerlegung der These Gotzens bereits in seiner ersten Entscheidung über einen schutzrechtlichen Sachverhalt bestätigt hat[3], kann die Lehre von der totalen Bereichsausnahme als überwunden gelten.[4]

---

1) Diesen Gesichtspunkt der Stellung des Art. 36 EWGV behandelt ausführlich und mit gleichem Ergebnis wie hier Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (298).

2) VerLoren van Themaat, GRUR Int. 1964, S. 21; v.d.Groeben-v.Boeckh-Thiesing, EWGV, Anm. 121 zu Art. 85 EWGV; Deringer, Gewerbliche Schutzrechte, GRUR Int. 1968, S. 105 mit weiteren Nachweisen; Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 16.

3) Urteil v. 13. 7. 1966, verbundene Rechtssachen 56 und 58, Rspr. EuGH XII, S. 321 ff. (394) -Grundig-Consten-.

4) So ausdrücklich D. Reimer, Erschöpfungsgrundsatz, GRUR Int. 1972, S. 221 ff. (230).

II: Die Lehre vom kartellfreien Inhalt der Schutzrechte (partielle Bereichsausnahme)

Im deutschen Schrifttum wird überwiegend die Meinung vertreten, daß Vereinbarungen über Benutzung oder Übertragung von gewerblichen Schutzrechten grundsätzlich den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages unterfielen.[1] Allerdings bestehe bei diesen Schutzrechten ein allein vom nationalen Gesetzgeber umrissener Bereich, der vom Kartellrecht des EWG-Vertrages nicht berührt werde. Für diesen kartellfreien Bereich, der mit 'Inhalt des Schutzrechts'[2] bezeichnet wird, entnimmt diese herrschende Lehre den Art. 36, 222 und 234 EWGV eine institutionelle Garantie (= partielle Bereichsausnahme). Zur Abgrenzung der gewerblichen Schutzrechte gegenüber dem EWG-Kartellrecht sei daher zu entscheiden, ob sich die vorgesehenen Vereinbarungen zwischen den Vertragspartnern einer Schutzrechtsüberlas-

---

1) Gleiss-Hirsch, EWG-Kartellrecht, Anm. 65 zu Art. 85; Mailänder in Gemeinschaftskommentar, Anm. 45 zu Art. 85 EWGV; Deringer, WuW/EWG-Kartellrecht, Anm. 36 zu Art. 85 Abs. I; Möhring in Klauer-Möhring, PatG, Anm. 54, Anhang zu § 9 PatG; Reimer-Reimer, PatG, Anm. 167 zu § 9 PatG; v. Gamm, WZG, Anm. 17 zu § 8 WZG; OLG Hamm v. 17. 1. 1964, GRUR Int. 1964, S. 636 -Persil-. Zu den verschiedenen Spielarten dieser Auffassung siehe Johannes, aaO., S. 16 ff. Gegen diese Auffassung allerdings bereits VerLoren van Themaat, GRUR Int. 1964, S. 22.

2) Besonders deutlich Deringer, aaO., Anm. 36 zu Art. 85 Abs. I EWGV unter Berufung auf die amerikanische Lehre vom 'scope of the patent'.

sung innerhalb des vom nationalen Gesetzgeber gewährleisteten Inhalts der Schutzrechte halten, oder ob sie diesen Rahmen überschreiten und damit an den kartellrechtlichen Bestimmungen zu messen sind.

Diese Auffassung stellt sich dar als eine Übertragung der zu § 20 GWB entwickelten Lehre auf das EWG-Kartellrecht.[1] § 20 GWB normiert zunächst die Unwirksamkeit bestimmter Verträge über die Verwertung von technischen Schutzrechten[2] für den Fall, daß die dem Vertragspartner auferlegten Wettbewerbsbeschränkungen die durch den Inhalt der Schutzrechte bestimmte Grenzlinie überschreiten. Diese Grenzlinie wird in Abs. I Satz 1, letzter Halbsatz der Vorschrift mit einigen negativen Merkmalen näher umrissen. In Abs. II der Regelung werden einige besondere Arten von möglichen Beschränkungen aufgezählt, bei denen die Grenzlinie zur Wahrung technischer oder kaufmännischer Interessen überschritten werden darf.[3] Darüber hinaus eröffnet Absatz III des § 20 GWB die Möglichkeit einer Erlaubnis

---

1) So auch D. Reimer, GRUR Int. 1972, S. 221 ff. (230) und Wertheimer, Territorialitätsprinzip, in: Gewerbliche Schutzrechte im EWG-Kartellrecht, 1971, S. 175 ff. (183).

2) Auf das Warenzeichenrecht und das Urheberrecht ist § 20 GWB nicht anwendbar: TB BKartA 1973, S. 114 ff. Allerdings gilt auch für diese Schutzrechte die Inhaltsformel: siehe statt aller Loewenheim, Warenzeichen, S. 213 mit zahlreichen Nachweisen.

3) Bernhardt, Patentrecht, S. 205; Lindenmaier-Weiss, vor Anm. 72 zu § 9 PatG.

erteilung für Lizenzverträge durch die Kartellbehörde, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vertragspartners (Lizenznehmers) nicht unbillig eingeschränkt wird. Mit diesem gefächerten Regelungssystem (Verbot - Zulässigkeitskatalog - Erlaubnisvorbehalt) gestattet § 20 GWB - nicht zuletzt auch infolge der häufigen Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe[1] - eine sehr flexible kartellrechtliche Beurteilung von Erwerbs- oder Benutzungsverträgen über technische Schutzrechte.

Auch die Kommission der EWG ging in ihrer Bekanntmachung zur Auslegung und Beurteilung von Patentlizenzverträgen v. 24. 12. 1962[2] von einer vorgegebenen Identität von erlaubten Beschränkungen und Schutzrechtsinhalt aus. Die dort unter I A bis E aufgeführten Verpflichtungen entsprechen im wesentlichen den in § 20 Abs. II GWB genannten Ausnahmetatbeständen; nach Meinung der Kommission würden sie vom Verbot des Art. 85 Abs. I EWGV deshalb nicht erfaßt, weil sie lediglich die teilweise Aufrechterhaltung des dem Patentinhaber eingeräumten Ausschließlichkeitsrechts bedeuteten.[3] Weitergehend als der deutsche Gesetzgeber in § 20 GWB bezieht die Kommission auch die ausschließliche Lizenz in

---

1) Frankfurter Kommentar, Einleitung C, Anm. 100. Die daraus entstehende Rechtsunsicherheit beklagt insbesondere Langen, GWB, Anm. 88 zu § 20 GWB.

2) ABl. EG Nr. 139, 1962, S. 2922.

3) Kommission, aaO., unter IV.

den Kreis der nicht wettbewerbsbeschränkenden Tatbestände ein.[1]

Gerade in diesem Punkt hat sich die Kommission bereits in ihrer ersten Entscheidung zu einem Patentlizenzvertrag von ihrer Auslegungsbekanntmachung distanziert und zum Ausdruck gebracht, daß eine ausschließliche Lizenz am Kartellverbot des Art. 85 Abs. I EWGV zu messen sei.[2] Überhaupt sprechen verschiedene Argumente dafür, daß die Lehre vom kartellfreien Inhalt der Schutzrechte insgesamt ungeeignet ist, eine tragfähige Grundlage für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der rechtsgeschäftlichen Verwertung von Schutzrechten - jedenfalls im europäischen Bereich - zu bieten.[3]

Das entscheidende Argument gegen diese Lehre ist der Tatsache zu entnehmen, daß der kartellfreie Inhalt der Schutzrechte von den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen und damit von Staat zu Staat unterschiedlich bestimmt wird. Das würde dazu führen, daß der Anwendungsbereich des EWG-Wettbewerbsrechts innerhalb der Gemeinschaft ganz unterschiedlich wäre, je nachdem, welcher

---

1) Kommission, aaO., unter I/E.

2) Negativatteste der Kommission v. 22. 12. 1971, ABl. EG Nr. L 13, S. 50 ff. -Burroughs-Delplanque und vom gleichen Tage Burroughs-Geha -. Eine ausführliche Besprechung dieser Entscheidungen und ihrer Konsequenzen für die Entscheidungspraxis der Kommission bringt Reinhard in AWD BB 1972, S. 498 ff.

3) Zur Kritik an dieser Lehre siehe bereits Wertheimer, Einfluß der Wettbewerbsvorschriften, GRUR Int. 1966, S. 312 ff. (317); ders.: in

nationalen Rechtsordnung das in Frage stehende Schutzrecht entspringt.[1] Als weitere Konsequenz ergäbe sich, daß die Mitgliedstaaten durch Neugestaltung ihrer Schutzgesetze in der Lage wären, die Geltungskraft des Gemeinschaftsrechts nachträglich zu verändern.[2] Daß ein solches Ergebnis dem Geist der Römischen Verträge widerspricht und insbesondere die Verwirklichung der Vertragsziele, Art. 5 EWGV, in Frage stellt, hat der Europäische Gerichtshof immer wieder betont.[3] Darüber hinaus müssen - wie die Kommission in einer weiteren Freistellungsentscheidung ausführt[4] - Lizenzverträge und andere Verwertungsverträge als Bestandteil einer einheitlichen Politik des Schutzrechtsinhabers umfassend gewertet werden; für eine rechtliche Isolierung schutzrechtlicher Klauseln im Rahmen von Art. 85 Abs. I EWGV kann daher kein Raum sein.[5]

Fortsetzung der FN 3) v. S. 44:

Gewerbliche Schutzrechte im EWG-Kartellrecht, S. 175 ff. (188); Schlieder, Anwendung der Art. 85, 86 EWGV, BB 1962, S. 305, 306; Mestmäcker, Vermittlung, S. 113; ders.: Wettbewerbsrecht, S. 469; Emmerich, DB 1972, S. 1325 ff. (1326); ders.: Auslegung des Art. 85 EWGV, EuR 1971, S. 295 ff. (333 f.); kritisch auch Loewenheim, Warenzeichen, S. S. 324; ablehnend auch Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S.20.

1) Wertheimer, Einfluß der Wettbewerbsvorschriften, GRUR Int. 1966, S. 317; Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, S. 470.

2) Auf diesen Gesichtspunkt weist Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 20 besonders hin.

3) Urteil v. 15. 7. 1964, RS 6/64, Rspr. EuGH X, S. 1251 ff. (1270) -Costa-Enel-; Urteil v. 13. 2. 1968, RS 14/68, Rspr. EuGH XV, S. 1 ff. (1-14) -Walt-Wilhelm- (Farbenhersteller).

4) Freistellungsentscheidung v. 9. 6. 1972, ABl. EG Nr. L 143, S. 31; Davidson-Rubber.

5) So auch Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, S. 470.

Nach allem ergibt sich, daß die These von der partiellen Bereichsausnahme gegen den fundamentalen Grundsatz der einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechts verstößt und daher nicht aufrechterhalten werden kann.

III: Die Lehre von der gemeinschaftskonformen Auslegung

Für das Patentrecht haben die Brüsseler Autoren N. Koch und Froschmaier[1] den Versuch unternommen, die sich aus dem Territorialitätsprinzip ergebende Separationswirkung paralleler Schutzrechte durch eine EWG-vertragskonforme Auslegung der nationalen Schutzrechte einzuschränken und so den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor den nationalen gewerblichen Schutzrechten festzuschreiben. Zu diesem Ergebnis gelangen Koch/Froschmaier hauptsächlich aufgrund von zwei Überlegungen:

Zum einen lasse sich die marktaufteilende Wirkung paralleler Patente schon von den Zielsetzungen des Patentrechts selbst her nicht rechtfertigen. Denn die Verleihung des 'Patentmonopols' diene als Anreiz und Belohnung für die Offenbarung der erfinderischen Idee.[2] Dem entspreche

---

1) 'Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt', GRUR Int. 1965, S. 121 ff.

2) aaO., S. 122.

der Gedanke der Konsumtion des Schutzrechts, wonach das Verbietungsrecht verbraucht sei, sobald der Schutzrechtsinhaber das geschützte Erzeugnis in Verkehr gesetzt habe. Um diesen untergegangenen Verletzungsanspruch nicht "in einem anderen nationalen Gewande wieder aufleben zu lassen", müsse das Inverkehrbringen seine konsumtionsauslösende Wirkung auch auf alle Parallelpatente erstrecken.

Dieses Ergebnis einer 'extraterritorialen Konsumtion' leiten Koch/Froschmaier zum anderen auch aus dem Gemeinschaftsrecht selbst ab. Die wettbewerbspolitischen Ordnungsvorstellungen, für die sich die Vertragspartner der Gründungsverträge von Rom entschieden hätten, machten eine Neubestimmung der Grenzen des Territorialitätsprinzips notwendig, und zwar dahingehend, daß nach Inkrafttreten des EWG-Vertrages die Fiktion von der Unabhängigkeit paralleler Patente aufgegeben werden müsse.[1] Diesem Ergebnis stehe nach Ansicht der Autoren weder Art. 36 noch Art. 222 EWGV entgegen: Art. 36 nicht, weil diese Vorschrift - wie sich aus ihrem Satz 2 ergebe - keinen Vorrang vor dem Wettbewerbsrecht genieße; Art. 222 EWGV nicht, weil dessen Eigentumsgarantie nur im Sinne einer in die gesetzlichen Vorschriften eingebetteten Eigentumsordnung verstanden werden könne, deren Inhalt und Schranken

---

1) aaO., S. 125.

vom Gesetz (und zwar vom vorrangigen Gemeinschaftsrecht) bestimmt werde.

Dieser Ansicht hat sich vor allem die Kommission der EWG in ihren Erklärungen im Verfahren Parke-Davis[1] angeschlossen, jedoch hat sie der EuGH weder in diesem noch in einem späteren Fall je bestätigt. Gerade dies wurde von den zahlreichen Gegnern[2] der These begrüßt. Abgesehen davon, daß das Ergebnis dieser Lehre - Ausschluß jeglicher Vertriebskontrolle auch bei patentgeschützter Ware - zu jenem Zeitpunkt höchst unpopulär sein mußte[3], wurden auch gegen ihre Begründung teilweise zu Recht Bedenken erhoben.

Zunächst wird den Autoren vorgeworfen, daß sie ihre These einseitig auf die Belohnungsfunktion stützten, während daneben noch andere Theorien mit gleichem Geltungsanspruch vertreten würden und vor allem im englischen und amerikanischen Recht die Anspornungstheorie im Vordergrund stehe.[4]

---

1) Urteil v. 29. 2. 1968, RS 24/67, Rspr. EuGH XIV, S. 85 ff. (99).

2) Deringer, GRUR Int. 1968, S. 105 ff. (108); Wertheimer, GRUR Int. 1966, S. 312 ff. (319); Was, Daseinsberechtigung, GRUR Int. 1965, S. 609 ff. (609); Samwer, Auswirkungen der Territorialität, GRUR Int. 1969, S. 1 ff. (13). Im Ergebnis ebenso wie Koch/Froschmaier Koppensteiner, Parallelimport, RIW/AWD 1971, S. 357 (364); ähnlich auch Möschel, Paralleleinfuhr, S. 170 ff., für das Warenzeichen, dessen anerkannte Funktionen er als Auslegungshilfen heranzieht.

3) Auf diesen gewiß nicht unbedeutenden Gesichtspunkt weist z. B. Loewenheim, Warenzeichen, S. 327 hin.

4) Dazu grundlegend Machlup, GRUR Int. 1961, S. 373 ff. (376 f.).

Dieser Einwand hingegen überzeugt nicht. Einmal ist auch an dieser Stelle festzuhalten[1], daß keiner der zur Rechtfertigung der 'Monopol'-gewährung durch die Schutzrechte entwickelten Theorien eine Aussage über Umfang und Reichweite der Ausschließlichkeitsbefugnisse zu entnehmen ist; zum anderen bestehen gerade zwischen Belohnungs- und Ansporntheorie weitgehende Übereinstimmungen in der Zielsetzung.[2] Schließlich ist den Ausführungen der Autoren gerade nicht eine einseitige Bevorzugung der Belohnungsfunktion zu entnehmen; vielmehr stellen sie als Zweck den 'Anreiz zur Offenbarung der Erfindung' in den Vordergrund.[3]

Jedoch stehen der Lehre von der gemeinschaftskonformen Auslegung andere Bedenken entgegen. Besonders problematisch erscheint ihre dogmatische Begründung. Die Grundsätze der deutschen Lehre von der verfassungskonformen Auslegung, die vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Verfahrens der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle entwickelt wurde[4], lassen sich nicht ohne weiteres auf das Verhältnis Gemeinschaftsrecht - Mitgliedstaatenrecht übertragen. Anderen-

---

1) Siehe bereits oben S. 34 und dort Fn. 1)

2) So auch Strohm, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 44 und dort Fn. 11 sowie S. 46.

3) Koch/Froschmaier, aaO., S. 122, li. Sp.

4) BVerfG v. 7. 5. 1953, BVerfGE 2, S. 266 (LS 4) und S. 282; dazu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 1975, S. 31 ff.

falls müßte man dem Gemeinschaftsrecht generell vorrangige Geltung im Sinne einer übergeordneten europäischen Bundes-Verfassung einräumen: eine These, die nach wie vor heftig umstritten ist.[1]

Im übrigen fehlt es an einem konkreten Normenkonflikt, denn der EWG-Vertrag enthält weder eine Gebotsnorm, die eine EWG-weite Erschöpfungswirkung postuliert noch eine Verbotsnorm, die die Verbietungsklage aus den gewerblichen Schutzrechten negiert oder auch nur einschränkt.[2] Außerdem geht die Lehre von der gemeinschaftskonformen Auslegung von einem bereits zuvor[3] als unhaltbar charakterisierten Verständnis des Territorialitätsprinzips aus, wonach eine im Ausland vorgenommene Benutzungshandlung im Inland nicht berücksichtigt werden könne.[4]

---

1) Siehe dazu Emrich, Das Verhältnis des Rechts der europ. Gemeinschaften zum Recht der BRD, 1969,S. 47,51, und insbesondere S. 92 mit zahlreichen Nachweisen.Im Ergebnis verneint Emrich einen Geltungsvorrang.Siehe andererseits Ipsen,Gemeinschaftsrecht, S. 255 ff.(3o5,3o7), der einen Vorrang bejaht unter Berufung auf das Urteil des BVerfG v. 18.1o.1967,BVerfGE 22, S. 293, obwohl dort nur sekundäres Gemeinschaftsrecht zur Prüfung anstand. Zum Verhältnis von nationalen Grundrechten zum Gemeinschaftsrecht siehe v.d. Groeben,Über das Problem der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, in: Probleme des europäischen Rechts, FS f. W.Hallstein,1966, S. 226 ff. und neuerdings Beschluß des BVerfG v. 25.5.1974, BVerfGE 37, S. 271 ff. und die Besprechungen von Ipsen, BVerfG versus EuGH re "Grundrechte", EuR 1975, S. 1 ff.(ablehnend) und von Hallstein,Europapolitik durch Rechtsprechung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung,Festschrift für Franz Böhm,1975,S. 2o5 ff.

Der These Koch/Froschmaiers ist weiter entgegenzuhalten, daß sie im Ergebnis zu einer faktischen Vereinheitlichung der einzelstaatlichen gewerblichen Schutzrechte führt. Dieses Ziel aber geht über den Normzweck der Wettbewerbsregeln weit hinaus; es ist vielmehr über den Weg der Rechtsangleichung nach Art. 100, 101 EWGV zu erreichen.[1]

Schließlich ist festzustellen, daß die von Koch/Froschmaier verlangte extraterritoriale Wirkung der Konsumtion des Patentrechts mit der von ihnen gegebenen Begründung nicht an den Grenzen der EWG haltmachen würde, sondern der Verbrauch unabhängig davon einträte, in welchem Staat der Welt die Verwertungshandlung vorgenommen wurde.[2]

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß keine der im Schrifttum entwickelten Thesen einen gangbaren Weg gewiesen hat, auf dem der notwendige Ausgleich zwischen den gewerblichen Schutzrechten und dem Prinzip der Wettbewerbsfreiheit zu erreichen wäre. Diese Theorien bau-

---

Fortsetzung der Fn. von S. 50:

2) Ähnlich schon Heiseke, Schutz des gewerblichen Eigentums, GRUR Int. 1967, S. 55 ff. (61). Wie hier insbesondere Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 103 ff. (106).

3) Oben S. 21 und dort Fn. 2)

4) Dieses Argument führt auch Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 26 f. gegen diese Theorie ins Feld.

1) So Heiseke, Der Schutz des gewerblichen Eigentums im Streit der Meinungen, GRUR Int. 1967, S. 55 ff. (60); Samwer, aaO., GRUR Int. 1969, S. 1 ff. (13) und Wertheimer, GRUR Int. 1966, S. 324.

2) Das bringen u. a. Deringer, GRUR Int. 1968, S. 108 und Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 25 gegen die These vor.

ten letztliche alle auf dem nationalen Recht auf: sei es, daß sie ihm totalen oder nur teilweise Vorrang einräumten oder daß sie es im Wege der Auslegung mit den Zielen des EWG-Vertrages in Einklang zu bringen versuchten. Im folgenden soll der vom Europäischen Gerichtshof eingeschlagene Weg behandelt werden, über die Anwendung bestimmter Vertragsvorschriften zu einer gemeinschaftsrechtlichen Lösung der Antinomie zu gelangen.

§ 4: Die Anwendung des EWG-Kartellrechts auf Schutzrechtslizenzen durch den Europäischen Gerichtshof

Die frühen Entscheidungen des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften zu warenzeichen- und patentrechtlichen Sachverhalten sind dadurch gekennzeichnet, daß der Gerichtshof die Kartellvorschriften der Art. 85, 86 EWGV auf die jeweiligen Vereinbarungen über den Gebrauch oder die Übertragung von Schutzrechten anwendete. In den ersten drei Entscheidungen, die im folgenden zu analysieren sind, hat der Gerichtshof nicht nur die Anwendbarkeit der Kartellvorschriften überhaupt untersucht, sondern darüber hinaus auch zu deren Verhältnis zu den nationalen Schutzrechten Stellung genommen.

I: Die Entscheidung Grundig - Consten

1. Sachverhalt und Entscheidung[1]

Das deutsche Unternehmen Grundig - Verkaufs GmbH hatte im Jahre 1957 der französischen Firma Etablissements Consten das Alleinvertriebsrecht für Grundig-Erzeugnisse auf dem französischen Markt eingeräumt. In dem Vertrag hatte sich Grundig verpflichtet, in Frankreich ausschließlich Consten zu beliefern; die Firma Consten ihrerseits hatte sich einem absoluten Konkurrenz- und Exportverbot unterworfen.

Neben der Benutzung des Wort- und Bildzeichens 'Grundig' hatte Consten die Erlaubnis erhalten, in Frankreich auf seinen Namen das für Grundig international registrierte Zeichen 'Gint' (= Grundig international) eintragen zu lassen.

Unter Berufung auf eine Verletzung dieses Zeichens versuchte Consten gegen französische Parallelimporteure vorzugehen, die Grundig-Geräte deutscher Herkunft unter dem Zeichen 'Gint' erheblich billiger anboten. Die Importeure machten geltend, die Alleinvertriebsvereinbarung sei nichtig nach Art. 85 Abs. I und Abs. II EWGV und machten der Kommission der EWG Mitteilung

---

1) EuGH, Urteil v. 13. 7. 1966, verbundene Rechtssachen 56 und 58/64, Consten und Grundig ./. Kommission der EWG; Rspr. EuGH XII, S. 321 ff.

gemäß Art. 3 Abs. II lit. b der VO Nr. 17.[1]

Inzwischen hatte auch Grundig die Alleinvertriebsverträge zur Erlangung einer Freistellungsentscheidung nach Art. 85 Abs. III EWGV der Kommission vorgelegt.

In ihrer Entscheidung vom 23. 9. 1964[2] hat die Kommission sowohl die Alleinvertriebsvereinbarung als auch die Vereinbarung über Benutzung und Eintragung des Zeichens 'Gint' als Zuwiderhandlung gegen Art. 85 Abs. I EWGV angesehen und eine Freistellung nach Abs. III der Vorschrift versagt. Darüber hinaus verpflichtete sie die beiden Vertragspartner, Parallelimporte von Grundig-Erzeugnissen nach Frankreich nicht länger unter Berufung auf das Zeichen 'Gint' zu verhindern oder zu erschweren.[3]

Gegen diese Entscheidung der Kommission erhoben beide Vertragspartner gemäß Art. 173 Abs. II und III EWGV Nichtigkeitsklagen vor dem EuGH mit dem Vorwurf, die Kommission habe ihre Zuständigkeit dadurch überschritten, daß sie in den Bereich der nationalen Schutzrechte eingegriffen habe; ihre Vorabentscheidung verletze Art. 36, 222 und 234 EWGV, die den Bereich der nationalen Schutzrechte der Anwendbarkeit der Art. 85, 85 EWGV entzögen.

---

1) Verordnung Nr. 17 des Rates v. 6. 2. 1962; Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 EWGV, Abl. EG Nr. 13 v. 21. 2. 1962, S. 204 ff.

2) Abl. EG 1964, S. 2545 ff.

3) Abl. EG 1964, S. 2552 f.

In dem verbundenen Verfahren präzisierte die Kommission ihre Ansicht dahingehend, daß die Art. 36, 222 und 234 EWGV nicht die Anwendbarkeit der Art. 85, 86 EWGV auf nationale Schutzrechte ausschlössen. Vielmehr müsse die mißbräuchliche Ausnutzung solcher Rechte nach Maßgabe des Art. 85 Abs. I EWGV verboten sein. Mißbräuchlich sei die Benutzung des Zeichens 'Gint' in diesem Falle deswegen, weil sie nicht mehr der Herkunftskennzeichnung einer Ware diene, sondern nur der Absicherung der Alleinvertriebsvereinbarung durch Verhinderung von Parallelimporten, und weil dadurch eine regionale Marktaufteilung bewirkt werde.

In seiner Entscheidung vom 13. 7. 1966[1] hat der EuGH die Auffassung der Kommission im Ergebnis bestätigt. Auch der Gerichtshof sah in der Vereinbarung über die Art und Weise und den Zweck der Benutzung des Zeichens 'Gint' ein einverständliches Handeln der Vertragspartner im Sinne des Art. 85 Abs. I EWGV[2] und führte dazu aus,

---

1) Rspr. EuGH XII, S. 321 ff. (S. 388 ff.)

2) aaO., S. 394. Der EuGH machte sich damit die Argumentation des Generalanwalts Roemer zu eigen, der in seinen Schlußanträgen (aaO., S. 422 ff.) darauf hinwies, daß Consten das Zeichen 'Gint' in Frankreich originär erworben habe und Grundig gegen diesen Erwerb nicht aus seinem internationalen Zeichenrecht vorging. Siehe dazu die eingehende Analyse des Urteils bei Möschel, Paralleleinfuhr, S. 146 ff. (150) sowie Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, S. 452. Anderer Meinung dagegen Kraft, MA 1972, S. 35 ff. (40) und gegen die Entscheidung auch Heiseke, GRUR Int. 1965, S. 1409 ff. (1411).

daß die sich aus dem Warenzeichenrecht der verschiedenen Staaten ergebenden Ansprüche zu Zwecken mißbraucht werden sollten, die dem Kartellrecht der Gemeinschaft zuwiderliefen. Aus dieser Formulierung ist zu entnehmen, daß der Gerichtshof nicht wie die Kommission den Mißbrauch in einer nach nationalem Recht bestimmten zweck- und funktionswidrigen Zeichenverwendung erblickte, sondern vielmehr den mit der Vereinbarung bezweckten Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln rügte.[1]

2. Die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung der Schutzrechte

Obwohl die schutzrechtlichen Vereinbarungen der beiden Vertragspartner an Bedeutung hinter der Würdigung der Alleinvertriebsvereinbarung zurückblieben, kommt der Entscheidung des Gerichtshofs dennoch grundlegende Bedeutung zu. Im Rahmen der Auseinandersetzung mit der von der Klägerin Grundig gerügten Verletzung der Art. 36, 222 und 234 EWGV legte der EuGH mit der Unterscheidung zwischen dem Bestand und der Ausübung der nationalen Schutzrechte das Fundament

---

1) Ähnlich wie die Kommission auch Deringer, GRUR Int. 1968, S. 105 ff. (108); dagegen zutreffend Wertheimer, Territorialitätsprinzip, in: Gewerbliche Schutzrechte im EWG-Kartellrecht, S. 175 ff. (185): er spricht von einem 'gemeinschaftsrechtlichen Mißbrauchsbegriff'.

für die zukünftige Abgrenzung dieser Rechte gegenüber den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages.

Nach Auffassung des Gerichtshofs verstoße die Verbotsentscheidung der Kommission nicht gegen Art. 36 EWGV, weil diese Vorschrift nur den Anwendungsbereich der in Titel I Kapitel 2 des Vertrages niedergelegten Vorschriften zur Liberalisierung des Warenverkehrs einschränke, nicht aber den des Art. 85 EWGV.[1] Mit dieser Feststellung tritt der Gerichtshof eindeutig der These Gotzens von der totalen Bereichsausnahme entgegen.[2] Wie der EuGH weiter ausführt, berühre die Verfügung der Kommission die Schutzrechte nicht in ihrem Bestand, sondern beschränke ihre Ausübung nur insoweit, als es für die Durchsetzung des Verbots des Art. 85 Abs. I EWGV notwendig sei.

Die dogmatische Begründung für die Unterscheidung von Bestand und Ausübung der Schutzrechte gewinnt der EuGH auch aus Art. 222 EWGV; nach dieser Vorschrift läßt der EWG-Vertrag die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten unberührt. Diesem Grundsatz trage auch die auf Art. 3 VO Nr. 17 gegründete Verbotsentscheidung der Kommission Rechnung: indem sie anordne, die nationalen Schutzrechte nicht zur Verhinderung von Parallelimporten zu benutzen, lasse sie den Bestand dieser Rechte unberührt, trete aber einer

---

1) EuGH, aaO., S. 394

2) So deutlich Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 48 ff.; ebenso Kraft, Stellung des EuGH, GRUR Int. 1975, S. 283 ff. (284).

Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts entgegen, die mit Art. 85 Abs. I EWGV nicht vereinbar sei.[1]

Mit der Unterscheidung zwischen dem von der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht angreifbaren Bestand der Schutzrechte und ihrer Ausübung, die den Verbotsvorschriften des Kartellrechts der Gemeinschaft unterfällt, hat der EuGH einen Ausgangspunkt für die kartellrechtliche Beurteilung von Verträgen geschaffen, die die Verwertung von Schutzrechten über die Ländergrenzen innerhalb Europas hinweg zum Gegenstand haben. Diesen dogmatischen Ansatz hat der Gerichtshof auch in seinen jüngsten Entscheidungen beibehalten.[2]

Analysiert man das Begriffspaar Bestand - Ausübung genauer, so wird deutlich, daß die Unterscheidung nicht mehr als einen Lösungsansatz bieten kann; eine sachliche Aussage ist ihr nicht zu entnehmen.[3] Insbesondere kann der Begriff 'Bestand' nicht mit dem in der deutschen Lehre bedeutsamen 'Inhalt' der Schutzrechte gleichgesetzt werden.[4] Vielmehr ist der Entscheidung

---

1) EuGH, aaO., S. 394.

2) Siehe z. B. das Urteil des EuGH v. 31. 10. 1974, RS 16/74, Centrafarm ./. Winthrop (-Negram III-) GRUR Int. 1974, S. 456.

3) Deutlich Mailänder in Gemeinschaftskommentar, Anm. 43 zu Art. 85 EWGV.

4) So aber etwa Magen, Anmerkung zum Parke-Davis-Urteil, NJW 1968, S. 1061 ff. (1062); auch Mailänder, Urteilsanmerkung zu Grundig-Consten, BB 1966, S. 838 ff. (843); dagegen zutreffend

Grundig-Consten auch eine Absage an die Theorie von der partiellen Bereichsausnahme zu entnehmen.[1] Somit stellt die Unterscheidung nur einen Kunstgriff dar[2], mit welchem der Gerichtshof den Kartellvorschriften des EWG-Vertrages auch im Bereich der nationalen gewerblichen Schutzrechte Geltung verschaffte und damit der Argumentation der Klägerinnen Grundig und Consten entgegentrat, wonach dieser Bereich gemäß Art. 36, 222 und 234 EWGV jeglichem Einfluß des Gemeinschaftsrechts entzogen sei.[3]

Seine Betrachtungsweise, die im Ergebnis die nationalen Schutzrechte dem Gemeinschaftskartellrecht unterordnet[4], hat der europäische Gerichtshof in zwei weiteren Entscheidungen präzisiert und ausgebaut.

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 58:

Schatz, GRUR Int. 1972, S. 63, 64, ihm folgend Ullrich, Ausschließliche Patentlizenzen, ZHR 137 (1973), S. 134 ff. (145 und dort Fn. 29); ebenso Loewenheim, Warenzeichen, S. 347 f.

1) So auch Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 49; ebenso D. Reimer, GRUR Int. 1972, S. 221 ff. (230) und Mestmäcker, Vermittlung, S. 113.

2) Das stellt besonders deutlich Heiseke, Warenzeichenrecht und EWG-Recht, WRP 1974, S. 589 ff. (593) heraus, der die kartellrechtliche Argumentation des EuGH insgesamt kritisiert, S. 594; kritischer auch Kraft, MA 1972, S. 35 ff. (40).

3) EuGH, aaO., Rspr. XII, S. 349 ff.

4) So Ullrich, Ausschließliche Patentlizenzen, ZHR 137 (1973), S. 134 ff. (145).

II: Das Urteil im Falle Parke-Davis

1. Sachverhalt und Entscheidung

Anders als in dem kontradiktorischen Verfahren zwischen Grundig und Consten gegen die Kommission hatte der EuGH in der Sache Parke-Davis[1] im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 177 EWGV über die Auslegung der Art. 85 und 86 EWGV zu entscheiden.

Das amerikanische Unternehmen Parke-Davis & Co., Inhaberin zweier niederländischer Verfahrenspatente zur Herstellung des Antibiotikums 'Chloramphenikol', hatte einer niederländischen Firma Herstellung und Vertrieb des Präparates lizenziert. Eine Reihe niederländischer Großhändler importierte Chloramphenikol aus Italien, wo für Arzneimittel kein Patentschutz zu erlangen ist und demgemäß der Preis erheblich niedriger lag. Gegen diese Importe erhob Parke-Davis vor niederländischen Gerichten die Patentverletzungsklage. Der Gerichtshof Den Haag als Berufungsinstanz legte dem EuGH die Frage vor, ob die gerichtliche Geltendmachung eines Patentverletzungsanspruches gegen Einfuhren des geschützten Erzeugnisses aus einem patentfreien Mitgliedstaat eine von Art. 85, 86 EWGV verbotene

---

1) Urteil vom 29. 2. 1968, RS 24/67, Rspr. EuGH XIV, S. 85 ff. - Parke-Davis -.

Verhaltensweise darstelle, wobei Art. 36 und 222 EWGV zu berücksichtigen seien. Weiter fragte der Gerichtshof Den Haag, ob die Antwort auf die erste Frage davon beeinflußt werden könne, daß das unter Patentschutz (also in den Niederlanden) hergestellte Erzeugnis teurer als das patentfreie angeboten werde.[1]

Der Gerichtshof hat beide Fragen verneint. In seiner knappen Urteilsbegründung nimmt der EuGH ausschließlich zu den ihm vorgelegten Fragen Stellung; die von der Kommission bezweckte Behandlung des Problems der Importe aus Ländern mit Parallelschutz und damit die Auseinandersetzung mit der These von Koch und Forschmaier[2] blieb aus. Dennoch enthält auch dieses Urteil wichtige Aussagen zum Verhältnis der nationalen Schutzrechte und dem EWG-Wettbewerbsrecht .

2. Die Anwendbarkeit der Art. 85 und 86 EWGV

In den Entscheidungsgründen[3] führt der Gerichtshof zunächst aus, daß die einzelstaatlichen Vorschriften über den Schutz des gewerblichen Eigentums in der Gemeinschaft noch nicht vereinheit-

---

1) EuGH, aaO., S. 88 f.

2) So die Ausführungen der Kommission, EuGH, aaO., S. 97 ff. (99, 100); ebenso die Ausführungen der beklagten Firma Centrafarm, aaO., S. 96. Siehe jedoch demgegenüber die ablehnende Stellungnahme des Generalanwalts Roemer in seinen Schlußanträgen, aaO., S. 118.

3) EuGH, aaO., S. 110 ff.

licht seien und daß sich infolgedessen aus der Begrenzung des Wirkungsbereichs der gewerblichen Schutzrechte auf den Erteilungsstaat und aus den Unterschieden der einzelstaatlichen Gesetze Hindernisse für den freien Verkehr der patentierten Erzeugnisse und den freien Wettbewerb ergeben könnten. Diese Hindernisse seien gemäß Art. 36 Satz 1 EWGV zum Schutze des gewerblichen Eigentums gerechtfertigt,jedoch unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß sie weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen dürften.Diese in Art. 36 Satz 2 EWGV ausgesprochene Einschränkung wird vom Gerichtshof erstmals gegenüber Satz 1 der Vorschrift in den Vordergrund gestellt und damit die Bedeutung dieses Satzes im Bereich der gewerblichen Schutzrechte unterstrichen.[1] Damit bestätigt der Gerichtshof,daß auch unter der Geltung des EWG-Vertrages die nationalen gewerblichen Schutzrechte gewährleistet bleiben,solange sie nicht zu einer willkürlichen Diskriminierung oder der Verschleierung einer Handelsbeschränkung mißbraucht werden.

Dahinter steht der Gedanke,daß die gewerblichen Schutzrechte von den Regeln über die mengenmäßigen Beschränkungen nicht ausgenommen sind. Den gleichen Gedanken überträgt der Gerichtshof sodann auch auf die Wettbewerbsregeln. Dieser Schritt ist in zweierlei Hinsicht bedeutsam : Zum einen stellt er klar, daß Art. 36 EWGV keine den Wett-

---

1) In der Literatur sind diese Ausführungen des EuGH unterschiedlich interpretiert worden. Siehe dazu die Urteilsanmerkungen von N. Koch, AWD BB 1968, S. 185 ff. (187); Tessin/Sedemund, BB 1968, S. 604 und Magen, NJW 1968, S. 1061 einerseits und von Schumacher, WuW 1968, S. 487 ff. (491) andererseits.

bewerbsregeln vorgegebene Geltung besitzt. Zum anderen wird damit deutlich, daß die Ausübung des Patentrechts oder eines anderen Schutzrechts für sich allein noch keinen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages bedeuten muß[1]; dazu müssen vielmehr die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 85 oder 86 vorliegen.

Die Ausübung des Patentrechts durch Parke-Davis erfüllte nach Ansicht des EuGH die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. I EWGV deshalb nicht, weil die bloße Geltendmachung des Patentverletzungsanspruchs unter keinen der drei Kartelltatbestände der Vorschrift zu subsumieren sei, da diese begrifflich ein Zusammenwirken mit einem oder mehreren Partnern voraussetzten. Dagegen sei Art. 85 Abs. I EWGV dann anzuwenden, wenn sich der Patentinhaber mit Anderen über die Verwertung oder Benutzung des Schutzrechts abstimmt.[2]

---

1) EuGH, aaO., S. 111; diese Ausführungen sind von den Befürwortern einer uneingeschränkten Beibehaltung des Territorialitätsprinzips als Bestätigung für ihre Auffassung angesehen worden; siehe z. B. Deringer, GRUR Int. 1968, S. 105 ff. (108). Dagegen zutreffend Mestmäcker, Vermittlung, S. 116 f.

2) EuGH, aaO., S. 112; die im Prozeß angedeutete Tatsache, daß zwischen dem Patentinhaber Parke und dem italienischen Hersteller des Präparates, Erba, Lizenzabsprachen über notwendiges 'know-how' zur Herstellung von Chloramphenikol bestünden, hat der EuGH zu Recht nicht bei seiner Entscheidung berücksichtigt. Siehe zu diesem Aspekt Johannes, Gewerbliche Schutzrechte, S. 74 ff.

Auch die Voraussetzungen des Art. 86 EWGV waren nach Auffassung des Gerichtshofs nicht gegeben. Die Tatsache, daß das Patent seinem Inhaber eine gewisse Vorzugsstellung gewähre, erfülle für sich allein noch nicht das Tatbestandsmerkmal der 'beherrschenden Stellung' im Sinne dieser Vorschrift. In diesem Zusammenhang greift der EuGH die Unterscheidung von Bestand und Ausübung auf, indem er ausführt, daß allein die Ausübung des Patentrechts den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages unterfalle und nach Art. 86 nur dann verboten sei, wenn sie zu einer beherrschenden Stellung des Patentinhabers am Markt beitrage, deren mißbräuchliche Ausnutzung zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führe. Ein Mißbrauch aber liege nicht nowendigerweise schon deswegen vor, weil der Preis des patentierten Erzeugnisses höher sei als der des nicht geschützten.[1]

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß der Gerichtshof die Unantastbarkeit des Bestandes nicht mehr wie im Grundig-Urteil aus Art. 222 EWGV herleitet, sondern allein unter Hinweis auf Art. 36 EWGV rechtfertigt. Bereits hier zeichnet sich ab, daß diese Vorschrift in der Argumentation des Gerichtshofs immer größere Bedeutung gewinnt.

Die Bedeutung der Parke-Davis-Entscheidung liegt aber vor allem darin, daß der Gerichtshof die

---

1) EuGH, aaO., S. 113.

Ausübung der Schutzrechte den kartellrechtlichen Verbotsvorschriften des EWG-Vertrages nur insoweit unterstellt, als deren Voraussetzungen im Einzelfall gegeben sind.

III: Die Entscheidung Sirena

1. Sachverhalt und Urteil

Die in den zuvor behandelten Urteilen aufgestellten Grundsätze hat der EuGH in der Entscheidung Sirena ./. Novimpex[1] weiterentwickelt und so teilweise neue Maßstäbe für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf die gewerblichen Schutzrechte gesetzt. Folgender Sachverhalt lag dem Verfahren zugrunde:

Im Jahre 1937 verkaufte und übertrug das amerikanische Unternehmen Mark-Allen sein in Italien für Kosmetika eingetragenes Warenzeichen 'Prep' auf die italienische Firma Sirena. Diese verlängerte das Zeichen zunächst in eigenem Namen und ließ es später auf sich neu eintragen. Außerdem ließ Sirena 1952 zwei weitere Warenzeichen mit dem Wortbestandteil 'Prep' und zusätzlichen Bildbestandteilen für sich registrieren. In der Bundesrepublik Deutschland hatte Mark-Allen einer deutschen Firma eine Lizenz zur Herstellung der mit dem Zeichen 'Prep' geschützten Prä-

---

1) Urteil vom 18. 2. 1971, RS 40/70, Rspr. EuGH XVII, S. 69 ff.

parate erteilt. Von dieser deutschen Lizenznehmerin kaufte die Importfirma Novimpex Ware auf und führte sie nach Italien ein, wo sie sie erheblich unter den Preisen von Sirena verkaufte. Diese erhob Klage wegen Verletzung ihrer Warenzeichen. Im Verfahren vor dem 'Tribunale civile e penale' in Mailand berief sich die Beklagte Novimpex auf Art. 85, 86 EWGV, die ihrer Ansicht nach den Ansprüchen der Klägerin entgegenstünden. Das Mailänder Gericht legte daraufhin dem EuGH im Wege der Vorabentscheidung die Frage vor, ob die Art. 85 und 86 EWGV auf die Wirkungen einer vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages erfolgten und vollzogenen Übertragung eines Warenzeichens anwendbar seien und ob die genannten Artikel dahin auszulegen seien, daß sie den Erwerber des Warenzeichens hindern, das aus dem Zeichen fließende Verbietungsrecht geltend zu machen, um Dritten die Einfuhr von Waren, die original rechtmäßig mit dem Warenzeichen versehen worden sind, aus anderen Ländern der Gemeinschaft zu untersagen.[1]

In ihren vor dem Gerichtshof abgegebenen Erklärungen weist die Kommission zunächst auf den Unterschied zwischen der vorliegenden Rechtssache und der Rechtssache Grundig-Consten hin: während dort ein Alleinvertriebsvertrag, dessen absoluter Gebietsschutz zusätzlich durch ein Warenzeichen abgesichert werden sollte, zu beur-

---

1) EuGH, aaO., S. 72 und S. 81.

teilen gewesen sei, handele es sich hier um eine vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages erfolgte 'bloße' Übertragung eines Immaterialgutes.[1]

Nach ihrer Ansicht könne die endgültige Übertragung nur dann unter Art. 85, 86 EWGV fallen, wenn mit ihr - und sei es auch nur mittelbar - nicht wesensgemäße Ziele verfolgt würden.[2] Beschränke sich aber die Vereinbarung der beteiligten Unternehmen auf diejenigen Verpflichtungen und Bindungen, die sich unmittelbar aus der Änderung der Zuordnung des Rechts ergeben, so sei für Art. 85 EWGV kein Raum. Folgerichtig kommt die Kommission zu dem Ergebnis, daß das Recht des Erwerbers, gegen Einfuhren Dritter vorzugehen, durch die Art. 85, 86 EWGV nicht ausgeschlossen werde.

Diese Auffassung der Kommission hat der Gerichtshof in seiner Entscheidung nicht bestätigt. In den Urteilsgründen nimmt er - wie auch der Generalanwalt in seinem Schlußvortrag[3] - die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung wieder

---

1) EuGH, aaO., S. 80.

2) In dieser Argumentation kommt die von der Kommission in ihren Entscheidungen stets vertretene Mißbrauchsthese zum Ausdruck; siehe z. B. Negativattest v. 30. 7. 1964, Abl. EG 1964, S. 2287 - Nicholas-Vitapro -; Freistellungsentscheidung v. 27. 6. 1967, Abl. EG Nr. 163, 1967, S. 10, - Transocean Marine Paint Association -; Verbotsentscheidung v. 22. 12. 1972, Abl. EG Nr. L 303, S. 52 - WEA-Filipacchi -.

3) EuGH, aaO., S. 86 ff. (87).

auf; er bestätigt, daß der durch Art. 36 EWGV garantierte Bestand der Schutzrechte durch das Kartellrecht des EWG-Vertrages nicht angetastet werde und demgemäß Einfuhrverbote und -beschränkungen gerechtfertigt sein könnten. Art. 36 Satz 2 enthalte jedoch den ausdrücklichen Vorbehalt, daß sie weder ein Mittel zu willkürlicher Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels darstellen dürfen. Dieser Grundsatz sei dergestalt auf das Wettbewerbsrecht des Vertrages anzuwenden, daß das Warenzeichen als Rechtsinstitut an sich die Tatbestandsmerkmale der Vereinbarung oder Abstimmung im Sinne von Art. 85 Abs. I EWGV nicht erfülle, die Ausübung des Rechts aber dann von dieser Verbotsvorschrift erfaßt werde, wenn sich herausstelle, daß sie 'Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache' sei. Eine Kartellabsprache aber liege vor, wenn durch die gleichzeitige Übertragung nationaler, das gleiche Erzeugnis schützender Warenzeichen auf mehrere Benutzung unüberwindliche Handelsschranken aufgerichtet würden. Selbst wenn diese Kartellabsprachen vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages getroffen worden seien, so sei es erforderlich, aber auch ausreichend, daß ihre Wirkungen nach diesem Zeitpunkt fortdauerten.[1] Im Hinblick auf Art. 86 EWGV wiederholt der Gerichtshof seine bereits im Urteil Parke-Davis mitgeteilte Auffassung, daß alle Tatbestands-

---

1) EuGH, aaO., S. 83.

merkmale dieser Vorschrift erfüllt sein müssen und präzisiert sie dahingehend, daß der Inhaber eines Warenzeichens nicht schon deshalb eine beherrschende Stellung einnehme, weil er Dritten verbieten könne, im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates Erzeugnisse der gleichen Marke zu vertreiben. Vielmehr sei es darüber hinaus erforderlich, daß der Zeicheninhaber die Möglichkeit habe, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf einem erheblichen Teil des zu berücksichtigenden Marktes zu verhindern.[1]

2. Bedeutung des Urteils für die Anwendung des Kartellrechts auf die Übertragung von Schutzrechten

Das Urteil des Gerichtshofs ist in der Literatur auf fast einhellige Ablehnung gestoßen.[2] Die Kritik setzt - soweit sie vom Boden des Wettbewerbsrechts her argumentiert - hauptsächlich an zwei Punkten an: einmal daran, daß der Gerichtshof auch eine Vollübertragung eines Schutzrechtes als Kartelltatbestand würdigt und zum anderen

---

1) EuGH, aaO., S. 84.

2) Völp, WRP 1971, S. 197; Deringer, Urteilsanmerkung, AWD BB 1971, S. 179 ff.; Röttger, GRUR Int. 1971, S. 469; Loewenheim, Marktaufteilung, GRUR Int. 1971, S. 260; D. Reimer, Erschöpfungsgrundsatz, GRUR Int. 1972, S. 221 ff. (231); Kraft, MA 1972, S. 35 ff. (40); in jüngster Zeit noch Heiseke, WRP 1974, S. 589 ff. (590, 593), kritischer auch Emmerich, DB 1972, S. 1325 ff. (1326) und neuerdings wieder Waelbrock, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, S. 153 ff. (161). Gegen diese Kritik und dem Urteil zustimmend allerdings Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 84.

daran, daß der EuGH diesen Übertragungsvertrag den Regeln des EWG-Kartellrechts unterwirft, obwohl er bereits vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages vollzogen worden war.

In dem zuletzt genannten Punkt vermag die Kritik jedoch nicht zu überzeugen. Sie verkennt, daß das Gemeinschaftsrecht alle vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages zustandegekommenen Wettbewerbsbeschränkungen erfassen muß; anderenfalls würden die Bestimmungen über die Liberalisierung des Handelsverkehrs und die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages leerlaufen und die Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft von vornherein in Frage gestellt sein.[1] Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Regelung des Art. 5 VO Nr. 17, wonach Vereinbarungen, die vor Inkrafttreten dieser Verordnung entstanden waren, auch von der Anmeldepflicht erfaßt wurden.[2]

Problematisch aber ist die von vielen Autoren angegriffene Subsumtion der warenzeichenrechtlichen Verbietungsklage unter die Kartelltatbestände des Art. 85 Abs. I EWGV. Die Klage Sirenas stellt sich dar als 'unilaterale' Ausübung eigenen Rechts; es fehlt daher zunächst an dem Merkmal des Zusammenwirkens von (mindestens) zwei oder mehr Partnern einer Vereinbarung oder

---

1) Im Ergebnis ebenso Deringer, AWD BB 1971, S. 180 f.; auch Völp, WRP 1971, S. 197. Anderer Meinung dagegen Röttger, GRUR Int. 1971, S. 470; zweifelnd auch Heiseke, WRP 1974, S. 590.

2) Auf den Vergleich mit dieser Vorschrift stellt auch Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 85 ab.

Verhaltensabstimmung, wie sie Art. 85 Abs. I EWGV voraussetzt.[1]

Das Fehlen dieses Tatbestandsmerkmals überbrückt der Gerichtshof mit der Formel, daß es ausreiche, wenn die Ausübung des Schutzrechts (hier also die Verbietungsklage) 'Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache' sei. Insbesondere der Begriff 'Folge' stellt zunächst die zeitliche Verbindung zwischen dem Übertragungsvertrag von 1937 und der zu beurteilenden Verbietungsklage her.

Inhaltlich bedeutet die Formel 'Folge einer Kartellabsprache' zweierlei: einmal, daß es ausreicht, wenn die Vereinbarung eine Verfälschung des Wettbewerbs und eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bewirkt; auf den eigentlichen Zweck des Vertrages kommt es insoweit nicht an.[2]

Andererseits klassifiziert der Gerichtshof mit dieser Formel den Übertragungsvertrag selbst als 'Kartellabsprache' mit der Folge, daß er nur dann mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist, wenn er die Tatbestandsmerkmale des Art. 85 Abs. I EWGV aufweist. Gerade

---

1) Unstreitig. Siehe statt aller Mailänder in Gemeinschaftskommentar, Anm. 5 ff. zu Art. 85 EWGV.

2) v.d.Groeben-v. Boeckh-Thiesing, Anm. 52 zu Art. 85 EWGV. Siehe dazu auch die Verbotsentscheidung der Kommission v. 22. 12. 1972, Abl. EG L 303, S. 52, -WEA-Filipacchi-, wo die Kommission die Merkmale 'bezwecken' und 'bewirken' getrennt prüfte.

dies aber erscheint dort problematisch, wo die Vertragspartner über die bloße Änderung der Zuordnung des Schutzrechts hinaus keine weiteren Ziele verfolgen, mit anderen Worten: der allein auf die endgültige Übertragung des gewerblichen Schutzrechts gerichtete Vertrag ist kartellrechtlich neutral.

Zu diesem Ergebnis war nicht nur die Kommission[1] im Sirena-Verfahren gekommen, sondern auch der Generalanwalt Dutheillet de Lamothe, der in seinen Schlußanträgen betont, daß im Falle der bloßen Übertragung des Schutzrechts "die Lage des Erwerbers weitgehend der des ursprünglichen Inhabers gleichgeachtet werden könne".[2]

Mit der Formel 'Folge einer Kartellabsprache' bedient sich der Gerichtshof - dogmatisch verfehlt - eines 'Kunstgriffs', um auf der rechtlichen Grundlage der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zu dem gewünschten Ergebnis zu

---

1) EuGH, aaO., S. 79.

2) EuGH, aaO., S. 86 ff. (89); die kartellrechtliche Neutralität betonen auch Heiseke, WRP 1974, S. 590 und deutlich Kraft, GRUR Int. 1975, S. 283 ff. (285). - Zu dem in der Literatur entstandenen Streit, ob das Sirena-Urteil 'eng' (wie in obigem Sinne) oder 'weit', d. h. dergestalt ausgelegt werden müsse, daß der EuGH jeden Übertragungsvertrag als Kartellabsprache ansieht, siehe Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 65, 66 mit ausführlichen Nachweisen.

gelangen, daß Verbietungsrechte aufgrund eines Warenzeichens, das ursprünglich demselben Rechtsinhaber zustand, nicht zur Verhinderung von Parallelimporten geltend gemacht werden können. Offenbar sah der Gerichtshof zum damaligen Zeitpunkt in diesem Vorgehen die einzige Möglichkeit, die italienische Grenze für 'Prep'-Erzeugnisse aus Deutschland offenzuhalten, obwohl in Italien das Zeichen 'Prep' nicht mehr dem ursprünglichen Inhaber Mark-Allen, sondern allein Sirena zustand und zwischen beiden keine rechtlichen oder tatsächlichen Verbindungen mehr bestanden.[1]

Über die Einwände hinsichtlich der dogmatischen Begründung hinaus erheben sich auch zeichenrechtlich Bedenken gegen das Urteil. Führt man sich vor Augen, daß für den italienischen Verbraucher über einen Zeitraum von mehr als dreißig Jahren das Zeichen 'Prep' die damit ausgestatteten Erzeugnisse ausschließlich dem Hersteller Sirena zuordnete, so mußte der Import identisch gekennzeichneter, gleichartiger Produkte aus Deutschland zu einer Verwirrung des Verbrauchers über die Herkunft der Ware führen. Indem der Gerichtshof die Verbietungsklage Sirenas als Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 85 Abs.

---

1) Das italienische Gericht hat allerdings im Endverfahren wirtschaftliche Beziehungen zwischen Mark-Allen und Sirena feststellen können, Urteil v. 22. 5. 1973, GRUR Int. 1974, S. 337. Der EuGH konnte dies im Vorlageverfahren mangels entsprechender Sachverhaltsfeststellungen nicht berücksichtigen.

I EWGV ansah, und damit als verboten ausschloß, gab er praktisch den Schutz der Herkunftsfunktion des Warenzeichens preis.[1]

Schließlich ist auf eine weitere Konsequenz des Urteils hinzuweisen: wenn ein Übertragungsvertrag als Kartellabsprache angesehen wird, so folgt daraus gemäß Art. 85 Abs. II EWGV automatisch seine Nichtigkeit, ohne daß es einer weiteren Entscheidung bedarf, Art. 1 VO Nr. 17.[2] Weitere Folge ist, daß Rechte aus dieser Übertragung Dritten nicht entgegengesetzt werden können[3], so daß einerseits Sirena das Zeichen über dreißig Jahre hinweg unberechtigt benutzt hätte und die Firma andererseits selbst gegen 'echte' Zeichenverletzungen nicht hätte vorgehen können. An diesem Ergebnis zeigt sich, daß die Rechtsfolge des Art. 85 Abs. II EWGV für den Fall der Übertragung des Schutzrechts ohne zusätzliche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen unpraktikabel ist.

Die Analyse der bisher behandelten Entscheidungen des EuGH hat ergeben, daß der Anwendung der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages auf Ver-

---

1) Von einem Verlust der Herkunftsfunktion spricht auch Loewenheim, Marktaufteilung durch Warenzeichen, GRUR Int. 1971, S. 260 ff. (265); diesen Verlust räumt auch Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 89, ein; er hält jedoch diese Konsequenz des Urteils aus den übergeordneten Gesichtspunkten der Erhaltung der Markteinheit für gerechtfertigt.

2) v.d.Groeben-v.Boeckh-Schröter, Anm. 5 zu Art. 1 VO Nr. 17; siehe dazu auch das Urteil des EuGH v. 30. 6. 1966, RS 56/65, Rspr. EuGH XII, S. 282 ff. (304) - LTM ./. Maschinenbau Ulm -.

3) EuGH, Urteil v. 25. 11. 1971, RS 22/71, Rspr. EuGH XVII, S. 949 ff. (962, Rdnr. 29) -Béguelin-

träge über den Erwerb oder die Benutzung von gewerblichen Schutzrechten Grenzen gesetzt sind. Zur Anwendbarkeit der Art. 85, 86 EWGV auf Verbietungsklagen, mit denen Importverbote von Originalwaren durchgesetzt werden sollten, konnte der Gerichtshof nur dadurch gelangen, daß er die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung der Schutzrechte einführte. Schon der Fall einer endgültigen Übertragung des Schutzrechts aber war kartellrechtlich nur über eine - dogmatisch nicht haltbare - Ausdehnung der Wettbewerbsvorschriften zu erfassen, die der EuGH mit der Formel 'Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache' vornahm. Die Ausübung der gewerblichen Schutzrechte ist den Kartellvorschriften des EWG-Vertrages vollständig entzogen, wenn es an einer Kartellabsprache überhaupt fehlt, zum Beispiel dann, wenn ein Inhaber mehrerer paralleler Schutzrechte in einem Staat Importe von Erzeugnissen verhindern will, die er selbst in einem anderen Staat unter gleichem Schutz in Verkehr gebracht hat.

Hier erhebt sich die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht auch außerhalb der Kartellvorschriften eine Handhabe bietet, gegen die Ausübung der Schutzrechte und die daraus erwachsenden Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs vorzugehen.

Teil III: Die Einengung der gewerblichen Schutzrechte durch EWG-weite Erschöpfung

§ 5: Die Anwendung der Vorschriften über den freien Warenverkehr, Art. 30 ff. EWGV

Den in Teil II dieser Arbeit behandelten Theorien und den Urteilen des EuGH war gemeinsam, daß sie Konfliktfälle zwischen den nationalen Schutzrechten und den Zielen des EWG-Vertrages auf dem Boden und mit Mitteln des Kartellrechts zu lösen versuchten. In der Entscheidung Deutsche Grammophon ./. Metro[1] aus dem Jahre 1971 verlagerte der Europäische Gerichtshof den Beurteilungsschwerpunkt von den Wettbewerbsbestimmungen auf die Vorschriften über die Freiheit des Warenverkehrs, Art. 30 ff. EWGV. Er leitete damit eine Rechtsprechung ein, die in ihrer Konsequenz zu einer Überlagerung und Modifizierung der nationalen Rechte durch das Gemeinschaftsrecht führt und so noch über die Ergebnisse der seinerzeit von Koch/Froschmaier vorgeschlagenen gemeinschaftskonformen Auslegung hinausreicht.

---

1) Urteil vom 8. 6. 1971, RS 78/70, Rspr. EuGH XVII, S. 487 ff. - Deutsche Grammophon -.

I: Die Entscheidung Deutsche Grammophon

1. Sachverhalt und Urteil

Die Deutsche Grammophon GmbH (im folgenden DGG), eine gemeinsame Tochtergesellschaft von Phillips und Siemens, ist einer der größten Schallplattenhersteller in der EWG. In der Bundesrepublik erfolgte der Verkauf der Schallplatten unter der Marke 'Polydor' über zwei Buchgrossisten, vornehmlich aber direkt über den Einzelhandel, und zwar zu einem gebundenen Endpreis von ca. 20,- DM.

In Frankreich, wo eine solche Preisbindung verboten ist, wurden die Erzeugnisse erheblich billiger über die Firma Polydor S. A., einem von der DGG vollständig beherrschten Tochterunternehmen, vertrieben; dieser Tochtergesellschaft hatte die DGG die Herstellung (nach deutschen Matrizen) und den Vertrieb für die Gebiete Frankreich und Schweiz lizenziert. Diese französische Firma veräußerte Schallplatten ohne Preisbindungsrevers an die Firma Metro-SB-Großmärkte GmbH und Co KG in Hamburg. Nach einem erfolglosen Versuch der DGG, auch Metro in das Reverssystem einzubeziehen, wurde die Belieferung mit Polydor-Platten eingestellt. Es gelang jedoch der Metro, Polydor-Platten aus Frankreich über einen Schweizer Großhändler zu beziehen. In

diesen Reimporten von Polydor-Platten, die zur Durchbrechung des Preisbindungssystems führen mußten, sah die DGG einen Verstoß gegen § 85 UrhG und damit eine Verletzung ihres ausschließlichen Verbreitungsrechts für Deutschland. Dieses Recht war nach ihrer Ansicht auch nicht nach § 17 Abs. II UrhG verbraucht, da die Schallplatten im Ausland und nicht in der Bundesrepublik in Verkehr gebracht worden waren.

Die DGG erwirkte beim Landgericht Hamburg gemäß § 97 UrhG eine einstweilige Verfügung, durch die der Metro der weitere Verkauf von Polydor-Platten untersagt wurde. Das LG Hamburg erhielt auf den Widerspruch der Metro in seinem Urteil vom 22. 5. 1970[1] die Verfügung aufrecht. Gegen dieses Urteil legte Metro Berufung beim Hanseatischen OLG ein; außerdem wandte sich die Firma gemäß Art. 3 Abs. II lit. b VO Nr. 17 an die Kommission der EWG mit dem Antrag, Zuwiderhandlungen gegen die Art. 85, 86 EWGV festzustellen und dagegen einzuschreiten.

Das Hanseatische OLG beschloß, dem europäischen Gerichtshof gemäß Art. 177 EWGV die Frage vorzulegen, ob es gegen die Art. 5 Abs. II[2] oder Art. 85 Abs. I EWGV verstoße, wenn eine Herstellerin

---

1) Nicht veröffentlicht; siehe aber zur Vorgeschichte des DGG-Urteils ausführlich Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 37 ff., der auszugsweise die Begründung des LG Hamburg wiedergibt (S. 38).

2) Auf diese Vorschrift hatte Johannes, GRUR Int. 1970, S. 222 ff. (225) in seiner Anmerkung zu einem Urteil des LG Berlin (GRUR Int. 1970, S. 244) hingewiesen, das ebenfalls Reimporte von Polydor-Platten behandelte.

von Tonträgern aufgrund ihres ausschließlichen Verbreitungsrechts nach §§ 97 und 85 UrhG den Vertrieb von Tonträgern in der Bundesrepublik verbietet, die sie an ihre rechtlich selbständige, wirtschaftlich aber vollständig abhängige Tochtergesellschaft in Frankreich geliefert hatte. Außerdem legte das OLG die Frage vor, ob die Ausübung des Verbietungsrechts als mißbräuchlich im Sinne des Art. 86 EWGV angesehen werden könne, wenn der gebundene Verkaufspreis der Tonträger höher ist als der Preis des aus einem anderen Mitgliedstaat reimportierten Originalerzeugnisses.[1]

Die erste Frage hat der EuGH im Tenor seines Urteils wie folgt beantwortet:

> "Es verstößt gegen die Normen über den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt, wenn ein Hersteller von Tonträgern das ihm nach der Gesetzgebung eines Mitgliedstaates zustehende ausschließliche Recht, die geschützten Gegenstände in Verkehr zu bringen, ausübt, um in diesem Mitgliedstaat den Vertrieb von Erzeugnissen, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat verkauft worden sind, allein deshalb zu verbieten, weil dieses Inverkehrbringen nicht im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaates erfolgt ist."[1]

---

1) EuGH, aaO., S. 490 f.

Zur Beantwortung der zweiten Vorlagefrage bestätigt der Gerichtshof im wesentlichen seine im Sirena-Urteil getroffenen Feststellungen zu den Tatbestandsmerkmalen des Art. 86 EWGV; zur Frage des Mißbrauchs bei unterschiedlichen Preisen führt der Gerichtshof aus, daß eine Preisdifferenz ein entscheidendes Indiz für einen Mißbrauch sein könne, wenn er groß sei und durch sachliche Gründe nicht zu erklären sei.[1]

2. Analyse des Urteils

a) Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln

Ausgangspunkt für die Entscheidung des Gerichtshofs ist Art. 5 Abs. II EWGV. Im fünften Erwägungsgrund seines Urteils führt der Gerichtshof aus, diese Vorschrift begründe eine allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Ziele des EWG-Vertrages gefährden könnten. Der konkrete Inhalt dieser Verpflichtung ergebe sich im Einzelfall aus den Vertragsvorschriften oder dem System des Vertrages.[2]

Mit dem Rückgriff auf Art. 5 Abs. II EWGV gelingt es dem Gerichtshof, über den Begriff der 'staat-

---

1) EuGH, aaO., S. 502.

2) EuGH, aaO., S. 498.

lichen Maßnahme' die gerichtliche Geltendmachung eines Schutzrechts als Ausübungshandlung zu erfassen, mit anderen Worten: ein Urteil, das einem Schutzrechtsinhaber die Durchsetzung einer Ausschließlichkeitsbefugnis zuspricht, verletzt das Gebot des Art. 5 Abs. II EWGV dann, wenn es die Vertragsziele gefährdet.[1]

Zur Konkretisierung der Verpflichtung im Sinne des Art. 5 Abs. II EWGV zieht der Gerichtshof sodann zunächst die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages heran und wiederholt die im Sirena-Urteil geprägte Formel, daß die Ausübung gewerblicher Schutzrechte unter das Verbot des Art. 85 Abs. I EWGV falle, wenn sie 'Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache' sei. Als Kartellabsprache sei insbesondere eine Vereinbarung anzusehen, die eine Aufteilung des Gemeinsamen Marktes bewirkt. Jedoch geht der Gerichtshof in seinem siebten Erwägungsgrund[2] offensichtlich davon aus, daß die Tatbestandsmerkmale der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise im vorliegenden Fall nicht gegeben sind, da es sich um eine Lizenzverbindung zwischen einer Muttergesellschaft und der vollständig von ihr abhängigen Tochtergesellschaft handelt. Im Rahmen einer Konzernverbindung komme dem Lizenzverhält-

---

1) Im Ergebnis ebenso v.d.Groeben-v.Boeckh-Härringer, Anm. 4 C zu Art. 5 EWGV; gleicher Auffassung über die Bedeutung des Art. 5 Abs. II EWGV in der Entscheidung auch Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, S. 458 und dort Fn. 35a; ausführlich auch Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 50 ff.

2) EuGH, aaO., S. 499.

nis nur die Bedeutung einer Aufgabenteilung innerhalb eines einheitlichen Wirtschaftskomplexes zu; darauf folge die Unanwendbarkeit des Kartellverbots.[1] So ist es wenig verwunderlich, daß der Gerichtshof im Urteilstenor auf Art. 85 EWGV überhaupt nicht eingeht, obwohl die Vorlagefrage ausdrücklich auch im Hinblick auf einen Verstoß gegen diese Vorschrift gestellt war.[2]

b) Anwendung der Art. 30 ff. EWGV

Die Einheitlichkeit des Wirtschaftskomplexes kann nicht dazu führen, daß die Lizenzverbindung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und insbesondere die Rechtsausübung der DGG vom Gemeinschaftsrecht überhaupt unberührt bleiben. Daher zieht der Gerichtshof zur Konkretisierung der Verpflichtung aus Art. 5 Abs. II EWGV nunmehr die Normen über den freien Warenverkehr im Titel I des zweiten Teils des EWG-Vertrages heran, die

---

1) Darauf hatten übereinstimmend die Kommission, aaO., S. 496, und der Generalanwalt Roemer, aaO., S. 510, hingewiesen und die Anwendbarkeit des Art. 85 EWGV verneint. In gleichem Sinne auch die Entscheidung der Kommission (Negativattest) v. 18. 6. 1969, Abl. EG L 165, S. 15 - Christiani-Nielsen - und später das Urteil des EuGH v. 25. 11. 1971, RS 22/71, Rspr. EuGH XVII, S. 949 - Béguelin -.

2) In Anbetracht dieser Tatsache zu weitgehend Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 50, der die Auseinandersetzung des Gerichtshofs mit Art. 85 EWGV in den Urteilsgründen für überflüssig und widersprüchlich hält.

Art. 30 ff. EWGV. Den aus diesen Vorschriften sowie aus Art. 3 lit. f EWGV abzuleitenden Grundsätze der Errichtung eines einheitlichen Marktes und eines vor Verfälschungen geschützten Wettbewerbssystems stellt der EuGH die Bestimmung des Art. 36 Satz 1 EWGV gegenüber, wonach bestimmte Verbote oder Beschränkungen des freien Warenverkehrs gerechtfertigt sind, wenn sie dem Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums dienen. Der Gerichtshof setzt jedoch hinzu, daß dieser Ausnahme klare Grenzen gesetzt seien; Verbote oder Beschränkungen des freien Warenverkehrs seien nur vertretbar, soweit sie zur Wahrung der Rechte notwendig sind, die den 'spezifischen Gegenstand dieses Eigentums' ausmachen. Wie sich aus Art. 36 Satz 2 EWGV unmißverständlich ergebe, rechtfertige die Berufung auf gewerbliches Eigentum keinesfalls eine willkürliche Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.[1] Mit dieser Erwägung gelangt der Gerichtshof zu dem Schluß, daß es gegen Art. 5 Abs. II in Verbindung mit Art. 36 Satz 2 EWGV verstoße, wenn der Inhaber eines dem Urheberrecht verwandten Schutzrechts mit Hilfe der Gerichte den Vertrieb von Originalerzeugnissen untersagt, die mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat in Verkehr gebracht worden sind. Ein solches Vorgehen führe zu einer Auf-

---

1) EuGH, aaO., Erwägungsgründe 9 - 12, S. 499, 500.

teilung und Isolierung der nationalen Märkte und vereitele das wesentliche Ziel des EWG-Vertrages, den Zusammenschluß der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt.[1]

3. Tragweite und Konsequenzen der Entscheidung

Die wesentliche Bedeutung des Urteils liegt darin, daß der Gerichtshof erstmals neben den Wettbewerbsvorschriften auch die Grundsätze über den freien Warenverkehr zur Beurteilung von schutzrechtlichen Sachverhalten herangezogen hat. Indem der EuGH diesen Grundsätzen und insbesondere Art. 36 Satz 2 EWGV direkte Wirkung zuerkennt, zieht er der Ausübung nationaler Schutzrechte eine neue Grenze.[2] Die Direktwirkung dieser Vorschrift äußert sich darin, daß sich der einzelne Bürger vor den nationalen Gerichten auf ihre Verletzung berufen kann, sofern diese Verletzung geeignet ist, seine konkreten Individualinteressen zu beeinträchtigen.[3] Läßt ein natio-

1) EuGH, aaO., S. 500.

2) Wie hier auch Mestmäcker in seiner Anmerkung zu diesem Urteil in Schulze, Rechtsprechung zum Urheberrecht, Bd. X, 1972, S. 33 ff. (46), sowie Schroeter in einer ausführlichen Besprechung der Entscheidung in WRP 1971, S. 356 ff. (363) und Ferid, Zur Anwendung des Art. 36 EWGV auf nationale Urheberrechte, in: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift f. E. Ulmer, 1973, S. 75 ff. (79).

3) So auch Schroeter, WRP 1971, S. 363 und Waelbroeck, Gewerbliche Schutzrechte, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, S. 155. Zur Direktwirkung siehe besonders Daig, Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Wirkung von EWG-Bestimmungen, in: EuR, 1970, S. 1 ff. (27); ferner Mestmäcker, Vermittlung, S. 61 ff. und v. Gamm, Das Kartellrecht der EWG, S. 26.

nales Gericht die Art. 30 ff. EWGV bei seiner Entscheidung unberücksichtigt, so begründet das Urteil einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. II EWGV; die Kommission kann in einem solchen Fall gegen den betreffenden Mitgliedstaat ein Verfahren nach Art. 169 EWGV eröffnen. Darin zeigt sich eine weitere ganz wesentliche Auswirkung des Urteils: die Kommission konnte bislang nur bei einem Kartellverstoß aufgrund der VO Nr. 17 gegen Privatpersonen vorgehen. Mit der Verlagerung des Subsumtionsschwerpunktes auch auf die Regeln über den freien Warenverkehr wird erreicht, daß auch die staatlichen Gerichte zu 'Hütern des EWG-Vertrages' werden und damit dem von einem Verbietungsanspruch betroffenen Dritten eine weitere Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet ist.[1]

In materieller Hinsicht ist zunächst hervorzuheben, daß sich die Folgerungen des Gerichtshofs nach überwiegender Meinung nicht auf das Urheberrecht und verwandte Leistungsschutzrechte beschränken, sondern auf alle gewerblichen Schutzrechte erstrecken. Das folgt nicht nur aus den allgemein gehaltenen Ausführungen des Gerichtshofs, sondern insbesondere aus der Tatsache, daß Art. 36 Satz 1 EWGV das gewerbliche und kommerzielle Eigentum insgesamt anführt.[2]

---

1) Schroeter, WRP 1971, S. 363.

2) So die Kommission in ihrer Stellungnahme zum Vorentwurf eines europäischen Patents, Abl. EG 1974 L 109, S. 34 ff. (36) und in ihrer Entscheidung v. 9. 6. 1972, Abl. EG L 143, S.31 - Davidson Rubber -. Aus dem Schrifttum siehe

Nach dem Urteil ist es einem Schutzrechtsinhaber verwehrt, mit Hilfe von parallelen Schutzrechten den zu schaffenden Gemeinsamen Markt in nationale Teilmärkte aufzuspalten und durch Verhinderung des grenzüberschreitenden Handels mit geschützten Erzeugnissen zu isolieren. Hat der Berechtigte selbst ein von ihm beherrschtes Unternehmen oder ein mit seiner Zustimmung handelnder Lizenznehmer den geschützten Gegenstand in einem Staat der Gemeinschaft in Verkehr gebracht, so kann dieser Gegenstand fortan frei zirkulieren. Der Gerichtshof bestätigt damit die internationale Wirkung der Erschöpfung der gewerblichen Schutzrechte für das Gebiet des Gemeinsamen Marktes; der Auslegung des Territorialitätsprinzips in dem Sinne, daß im Ausland erfolgte Benutzungshandlungen ohne Einfluß auf das inländische Schutzrechte bleiben, ist nunmehr im EWG-Bereich der Boden entzogen.[1] In dieser Hinsicht bedarf ein wesentlicher Teil des gewerblichen Rechtsschutzes nicht mehr der Rechts-

---

Fortsetzung der Fn. 2) von S. 85:

v.d.Groeben-v.Boeckh-Thiesing, Anm. 155 zu Art. 85 EWGV und insbesondere Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 52 ff., der mit zahlreichen Belegen nachweist, daß die Erstreckung auf alle Schutzrechte auch von solchen Autoren anerkannt wird, die der Entscheidung kritisch gegenüberstehen. Ein Beispiel dafür ist D. Reimer, GRUR Int. 1972, S. 221 ff. (232 f.). Anderer Ansicht aber Mailänder, in: Gemeinschaftskommentar, Anm. 50 zu Art. 85 EWGV.

1) So auch D. Reimer, GRUR Int. 1972, S. 232; Waelbroeck, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, S. 153 ff. (155); Schroeter, WRP 1971, S. 363; Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 49, 50; Alexander, GRUR Int. 1972, S. 279; Ullrich, Patentrechtsschutz, GRUR Int. 1973, S. 53 ff. (54) und Ferid, aaO., in: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift für E. Ulmer, 1973, S. 79.

angleichung; durch die Ableitung einer EWG-weiten Erschöpfung der Schutzrechte aus bestehenden Normen des Gemeinschaftsrechts ist der Gerichtshof selbst rechtsschöpferisch tätig geworden und hat so das Zögern der Mitgliedstaaten bei den Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung auf den Gebieten der gewerblichen Schutzrechte überspielt.[1]

Aus der Tatsache, daß der DGG in Frankreich kein dem § 85 UrhG vergleichbares ausschließliches Recht zustand und der Gerichtshof dies in seinem Urteil unerwähnt gelassen hat, ist vereinzelt die Folgerung gezogen worden, daß es für die Erschöpfung des Schutzrechts im Inland nicht darauf ankomme, ob in dem anderen Mitgliedstaat ein paralleles Schutzrecht besteht oder nicht.[2] Eine derart weitreichende Interpretation, die zu einem grundsätzlichen Widerspruch des Grammophon-Urteils zur Entscheidung des Gerichtshofs im Falle Parke-Davis führen würde, läßt sich jedoch aus dem Wortlaut der Entscheidung nicht

---

1) Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 49; Alexander, GRUR Int. 1972, S. 280. Zur Rolle des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften als Integrationsfaktor siehe den gleichnamigen Aufsatz von Schlochauer, in: Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift für W. Hallstein, 1966, S. 431 ff. Auf den Einfluß des Urteils auf die Vorarbeiten an einem europäischen Patentrecht und auf politische Implikationen weist Emmerich, DB 1972, S. 1325 ff. (1328) hin; ebenso Schroeter, WRP 1971, S. 364.

2) So insbesondere Schroeter, WRP 1971, S. 363; zweifelnd auch Emmerich, DB 1972, S. 1325 ff. (1327).

herleiten. Diese Auffassung verkennt den entscheidenden Unterschied zwischen den jeweiligen Verhaltensweisen der Schutzrechtsinhaber im Falle Parke-Davis und im Falle DGG ./. Metro: Während Parke-Davis den Import patentgeschützter Waren aus dem patentfreien Italien in das Schutzland bewahren wollte, ging es der DGG nur darum, den Reimport von Erzeugnissen zu unterbinden, die sie selbst aufgrund eigener Initiative - wenn auch durch ihre Tochtergesellschaft - in Frankreich in Verkehr gesetzt hatte.[1] Für die Beurteilung von Schutzrechtssachverhalten im grenzüberschreitenden Warenverkehr kommt daher der Existenz eines parallelen Schutzrechts geringere Bedeutung zu als dem Kriterium der Zustimmung des Schutzrechtsinhabers.

Den mit der Entscheidung Deutsche Grammophon ./. Metro eingeschlagenen Weg, die Ausübung gewerblicher Schutzrechte auch nach Art. 36 Satz 2 EWGV zu beurteilen, hat der EuGH bis in die jüngste Zeit beibehalten. Im Folgenden sollen weitere Urteile behandelt werden, in denen die Begrenzung der gewerblichen Schutzrechte durch die Regeln über den freien Warenverkehr noch ausgebaut wurden.

---

1) Diesen Gesichtspunkt betont Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, S. 463. Gegen die weite Interpretation des Urteils auch Alexander, GRUR Int. 1972, S. 280; Waelbroeck, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, S. 158; D. Reimer, GRUR Int. 1972, S. 233.

II: Die Entscheidung im Falle HAG

Um die Geltendmachung eines Warenzeichenrechts zur Verhinderung des Imports von identisch gekennzeichneten Waren ging es auch im Falle Van Zuylen Frères ./. HAG AG.[1] Die Kaffe HAG AG, Bremen, hatte im Jahre 1927 in Belgien eine Tochtergesellschaft, die Café HAG S.A., errichtet und ihre belgischen und luxemburgischen Warenzeichen für koffeinfreien Kaffe im Jahre 1935 auf diese Tochtergesellschaft übertragen. Nach Kriegsende wurde das gesamte Kapital des Café HAG S.A. als Feindvermögen sequestriert und später verkauft. Im Jahre 1971 trat der Erwerber der Café HAG S.A., ohne das Handelsunternehmen als solches zu veräußern, seine Benelux-Marken 'HAG' für Belgien und Luxemburg an die Firma Van Zuylen Frères ab.

Als die deutsche HAG AG 1972 dazu überging, luxemburgische Einzelhändler unter Verwendung ihres deutschen Warenzeichens 'HAG' zu beliefern, reagierte Van Zuylen Frères darauf mit einer beim Tribunal d'arrondissement Luxemburg erhobenen Markenschutzklage. Das Luxemburger Gericht legte nach Art. 177 EWGV dem europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Wettbewerb

---

1) EuGH, Urteil v. 3. 7. 1974, RS 192/73, Rspr. EuGH XX, S. 731 ff.

oder den freien Warenverkehr dem Inhaber eines in einem Mitgliedstaat geschützten Warenzeichens verbieten, gegen die Einfuhr von Erzeugnissen vorzugehen, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig mit dem gleichen Zeichen versehen wurden, wenn beide Zeichen ursprünglich ein und demselben Inhaber zustanden und zwischen den beiden jetzigen Zeicheninhabern keinerlei rechtliche, finanzielle, technische oder wirtschaftliche Verbindung besteht.[1]

Mit Rücksicht auf das Fehlen jeglicher Verbindung zwischen den beiden Zeicheninhabern stellt der Gerichtshof in seiner Entscheidung lapidar fest, daß eine Anwendung des Art. 85 EWGV ausscheide und daher die Vorlagefrage allein im Hinblick auf die Vorschriften über den freien Warenverkehr zu untersuchen sei.[2] Diese Beurteilung setzt an bei Art. 30 EWGV; der EuGH bezeichnet die Freiheit des Warenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft erstmals als grundlegendes Prinzip und wesentliches Ziel des EWG-Vertrages. Offensichtlich wendet der Gerichtshof einen weiten Begriff der mengenmäßig beschränkend wirkenden Maßnahme und der Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne des Art. 30 EWGV an.[3] Wie

---

1) Zum Wortlaut der Vorlagefrage siehe EuGH, aaO., S. 733, 734.

2) EuGH, aaO., S. 744.

3) Siehe dazu v.d.Groeben-v.Boeckh-Ehlermann, Anm. 2 zu Art. 30 EWGV; P. Ulmer, Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen, in: Rechtsvergleichung, Interessenausgleich und Rechtsfortbildung, Festschrift f. E. Ulmer, GRUR Int. 1973, S. 502 ff. (504, 506); Graf, Begriff 'Maßnahme gleicher Wirkung' im EWG-Vertrag, S. 54 ff.

der Gerichtshof wenig später in seiner Entscheidung 'Dassonville' (Scotch Whisky)[1] bestätigt, fällt darunter jede Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern. Daher könne auch die Ausübung eines Warenzeichenrechts geeignet sein, zu einer Abschottung der nationalen Märkte zu führen und auf diese Weise den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.[2]

Sodann stellt der Gerichtshof dem Prinzip des freien Warenverkehrs die Unantastbarkeit des Bestandes der gewerblichen Schutzrechte gegenüber und wiederholt, daß Beschränkungen des Warenverkehrs nur erlaubt seien, soweit sie zur Wahrung der Rechte notwendig sind, die den spezifischen Gegenstand des gewerblichen und kommerziellen Eigentums ausmachen. Erstmals definiert der Gerichtshof den Mindestgehalt des Bestandes als 'Schutz des rechtmäßigen Inhabers eines Warenzeichens vor mißbräuchlicher Benutzung durch solche Personen, denen keinerlei Rechtstitel zusteht'.[3]

In einer Güterabwägung zwischen diesen beiden Grundsätzen gelangt der Gerichtshof zu dem Er-

---

1) Urteil v. 11. 7. 1974, RS 8/74, Rspr. EuGH XX, S. 837 ff. (852). Siehe dazu dauch die deutlichen Ausführungen des EuGH im Verfahren BRD ./. Kommission, Urteil v. 22. 2. 1975, RS 12/74, Rspr. EuGH XXI, S. 181 ff. (193, 198) - Deutscher Sekt -.

2) EuGH, Rspr. XX, S. 745 (HAG).

3) EuGH, aaO., S. 744.

gebnis, daß aufgrund der Ausschlußbefugnis eines Warenzeichenrechts nicht der Import von Waren verboten werden könne, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig unter einem ursprungsgleichen Zeichen hergestellt wurden. Ein solches Verbot würde nach Auffassung des EuGH die Isolierung der nationalen Märkte besiegeln und damit in Widerspruch zu einem der wesentlichen Vertragsziele stehen: dem Zusammenschluß der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt.[1]

Die Bedeutung der Entscheidung - aber auch der Ansatzpunkt vielfältiger Kritik[2] - liegt in der Tatsache, daß der EuGH den beiden[3] Warenzeicheninhabern die Möglichkeit genommen hat, gegen die Verbreitung der Waren des jeweiligen anderen Inhabers im Gemeinsamen Markt zeichenrechtlich vorzugehen. Das führt dazu, daß beide Zeichen in allen Teilen des Gemeinsamen Marktes miteinander konkurrierend auftreten können. Damit ist dem Warenzeichen praktisch die Her-

---

1) EuGH, aaO., S. 745.

2) z. B. Heiseke, WRP 1974, S. 589 ff. (591); Röttger, GRUR 1974, S. 574 ff. (576 f.); Martino, MA 1974, S. 419; Kraft, GRUR Int. 1975, S. 283 ff. (286 f.); v. Gamm, GRUR Int. 1975, S. 185 ff. (189). Der Entscheidung stehen positiv oder neutral gegenüber Schwab, GRUR Int. 1975, S. 73 ff.; Johannes, Zum Kaffe-HAG-Urteil des EuGH, GRUR Int. 1975, S. 111 ff., Eine ausführliche Analyse der Entscheidung gibt Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (298 ff.).

3) Entgegen Röttger, GRUR 1974, S. 574 ff. (578)

kunftsfunktion genommen, denn Täuschungen des Verbrauchers sind auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Herkunft der Ware durch präzisierende Zusätze kenntlich gemacht wird.[1] Diese Konsequenz hat der Gerichtshof gesehen und dennoch der Freiheit des Warenverkehrs den Vorrang eingeräumt. Indem er zur Begründung allein auf das Kriterium der Ursprungsgleichheit der beiden Zeichen abstellt, geht er im Ergebnis noch über die Wirkung einer EWG-weiten Erschöpfung des Warenzeichenrechts hinaus.[2] Denn eine internationale Wirkung der Erschöpfung setzt die Möglichkeit voraus, dem inländischen Zeicheninhaber eine ausländische Verwertungshandlung als eigene (so im Falle einer unselbständigen Tochtergesellschaft) oder zumindest als quasi-eigene (im Falle einer Lizenz) zuzurechnen. Da hier aber keinerlei wirtschaft-

---

Fortsetzung der FN. 3) v. S. 92:

und Brinkmann, MA 1974, S. 382 ff. (388), die die Auffassung vertreten, das Urteil ermögliche nur der HAG-AG den Export nach Luxemburg, nicht aber auch umgekehrt der Firma Van Zuylen den Export nach Deutschland. Gegen dieses Ergebnis auch Johannes, GRUR Int. 1975, S. 114.

1) Diese Möglichkeit hatte der Gerichtshof in der Entscheidung, aaO., S. 745, angedeutet; auch der Generalanwalt Mayras hatte eine entsprechende Kennzeichnung gefordert, aaO., S. 756. Die Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion hebt auch Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 300, hervor; ebenso die Resolution des Markenverbandes anläßlich des HAG-Urteils, abgedruckt in WRP 1974, S.595.

2) So auch Ullrich, aaO., S. 299.

liche oder sonstige Verbindung zwischen den beiden Rechtsinhabern bestand, war eine solche Zurechnung nicht möglich. Daher stellt sich die HAG-Entscheidung als eine methodische Fortführung der in der Entscheidung 'Deutsche Grammophon' eingeleiteten Rechtsprechung dar: das Prinzip der Freiheit des Warenverkehrs steht jeder Marktaufteilung entgegen, gleichgültig, ob sie durch eine einverständliche (im Falle Sirena) oder - wie im Falle HAG - durch erzwungene Rechtsnachfolge an einem Schutzrecht bewirkt wird.

III: Die Entscheidungen Negram II und Negram III

Auch die Sachverhalte, die zu diesen beiden Vorabentscheidungen des europäischen Gerichtshofs im Bereich der gewerblichen Schutzrechte geführt haben, sind gemeinsam gekennzeichnet von dem Bemühen eines Schutzrechtsinhabers, das Wirtschaftsgebiet seines Sitzstaates freizuhalten von Reimporten solcher Originalwaren, die in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft in Verkehr gelangt sind. Dabei ging es in der Rechtssache 15/74, Centrafarm B.V. ./. Sterling Drug Inc. (= Negram II)[1] um ein Importverbot

---

1) Urteil v. 31. 10. 1974, Tenor und Entscheidungsgründe abgedruckt in GRUR Int. 1974, S. 454 ff.

gegenüber patentgeschützten Waren, die in einem anderen Mitgliedstaat von dem Lizenznehmer des Rechtsinhabers hergestellt und verkauft worden waren. In der damit verbundenen Rechtssache 16/74 - Centrafarm B.V. ./. Winthrop B.V. (= Negram III)[1] stellte sich das gleiche Problem für das Warenzeichenrecht, nämlich die Möglichkeit einer zeichenrechtlichen Verbietungsklage gegenüber dem Import von Originalware.

Die Vorlagefragen[2], die der Hoge Raad der Nederlanden dem EuGH zur Vorabentscheidung unterbreitete, waren - im wesentlichen gleichlautend - sowohl im Hinblick auf die Vorschriften des EWG-Vertrages über den freien Warenverkehr als auch auf die Wettbewerbsvorschriften gestellt. In beiden Entscheidungen hat der Gerichtshof seine zu den Art. 30 ff. und Art. 85, 86 EWGV aufgestellten Grundsätze bestätigt. So verneint er die Anwendbarkeit der Art. 85, 86 mit der Begründung, daß es an einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise fehle, wenn die betreffenden Unternehmen als Mutter- oder Tochtergesellschaft ein und demselben Konzern angehören.[3]

---

1) Urteil v. 31. 10. 1974, Tenor und Entscheidungsgründe abgedruckt in GRUR Int. 1974, S. 456 mit den Schlußanträgen des Generalanwalts Trabucchi für beide Rechtssachen.

2) Für beide Entscheidungen abgedruckt in GRUR Int. 1974, S. 335 ff.

3) EuGH, Negram II, Nr. 6 des Tenors, GRUR Int.

Der Beurteilungsschwerpunkt liegt auch in den beiden Negram-Entscheidungen bei den Vorschriften über den freien Warenverkehr. Der Gerichtshof wiederholt, daß Art. 36 Satz 1 EWGV nur solche Ausnahmen von dem fundamentalen Grundsatz des Art. 30 EWGV zulasse, die zur Wahrung der Rechte berechtigt sind, die den spezifischen Gegenstand des gewerblichen Eigentums ausmachen. In beiden Entscheidungen gibt der EuGH eine Bestimmung des jeweiligen Schutzgegenstandes in Form einer Mindestfeststellung.[1] Den spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts kennzeichnet der EuGH im Urteil Negram III namentlich dahingehend, daß der Inhaber durch das ausschließliche Recht, ein Erzeugnis in den Verkehr zu bringen und dabei das Warenzeichen zu benutzen, Schutz vor Konkurrenten erlangt, die unter Mißbrauch der aufgrund des Warenzeichens erworbenen Stellung und Kreditwürdigkeit widerrechtlich mit diesem Zeichen versehene Erzeugnisse veräußern.[2] Mit dieser Begriffsbe-

---

Fortsetzung der Fn. 3) v. S. 95:

1974, S. 454. Erstmals hatte der EuGH so entschieden im Urteil v. 8. 6. 1971, RS 78/70, Rspr. EuGH XVII, S. 487 ff. (499). Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung des EuGH bringt der Generalanwalt in seinen Schlußanträgen, siehe GRUR Int. 1974, S. 462.

1) EuGH, aaO., GRUR Int. 1974, S. 454, re. Sp. für das Patentrecht (Negram II); für das Warenzeichenrecht GRUR Int. 1974, S. 456, re. Sp. (Negram III).

2) Der in der deutschen Fassung des Urteils verwendete Begriff 'Mißbrauch' kennzeichnet die

stimmung, die sicher nicht den alleinigen, wohl aber einen wesentlichen Inhalt des Schutzrechts ausmacht[1], hat der EuGH die in der HAG-Entscheidung verwandte Definition[2] näher umschrieben.

In der Entscheidung Negram II findet sich erstmals eine Kennzeichnung des spezifischen Gegenstandes des Patentrechts, und zwar "namentlich dahingehend, daß der Inhaber zum Ausgleich für seine schöpferische Erfindertätigkeit das ausschließliche Recht erlangt, gewerbliche Erzeugnisse in den Verkehr zu bringen, mithin die Erfindung entweder selber oder im Wege der Lizenzvergabe an Dritte zu verwerten, und daß er ferner das Recht erlangt, sich gegen jegliche Zuwiderhandlung zur Wehr zu setzen." Dieses Abwehrrecht jedoch begrenzt der EuGH bei Auslandssachverhalten auf die Fälle, in denen das Erzeugnis aus einem Mitgliedstaat stammt, in dem es nicht patentfähig ist, in denen das Erzeugnis von Dritten ohne die Zustimmung des Patentinhabers hergestellt worden ist, oder aber wenn es sich um Patent handelt, deren ori-

---

Fortsetzung der Fn. 2) v. S. 96:

wirtschaftlichen Hintergründe einer derartigen Zeichenverletzung nur unzureichend. Besser daher die von Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 295 (dort FN 44) gegebene Übersetzung des französischen Urteilstextes: ... 'Schutz vor Konkurrenten erlangt, die Bedeutung und Ruf der Marke durch Veräußerung rechtswidrig mit dieser Marke versehener Erzeugnisse ausnutzen wollen.'

1) So auch Ullrich, aaO., GRUR Int. 1975, S. 295, FN 43.

2) "Schutz vor mißbräuchlicher Benutzung durch Personen, denen keinerlei Rechtstitel zusteht." Rspr. EuGH XX, S. 744.

ginäre Inhaber rechtlich und wirtschaftlich selbständig sind.[1]

Im Ergebnis verneint der EuGH in beiden Entscheidungen die Möglichkeit, mit der schutzrechtlichen Verbietungsklage gegen Importe solcher Erzeugnisse vorzugehen, die im Ausland durch den Rechtsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung durch Dritte in Verkehr gebracht wurden. Nach Auffassung des Gerichtshofs würden anderenfalls die nationalen Märkte abgeriegelt und damit der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beschränkt, ohne daß eine derartige Beschränkung notwendig wäre, um dem Inhaber die aus den Schutzrechten fließenden Ausschließlichkeitsbefugnisse "in ihrer Substanz" zu erhalten.[2]

Mit den beiden zuletzt behandelten Urteilen hat der EuGH erneut deutlich gemacht, daß nicht die bloße **Erlangung** nationaler gewerblicher Schutzrechte allein zur Beschränkung des Warenverkehrs ausreicht, sondern vielmehr der Nachweis erbracht werden muß, daß der Substanzschutz dieser Rechte eine Einschränkung des fundamentalen Grundsatzes der Freiheit des Warenverkehrs erforderlich macht.[3] Damit ist die Güterabwägung

---

1) EuGH, aaO., GRUR Int. 1974, S. 454, re. Sp.

2) EuGH, aaO., GRUR Int. 1974, S. 455, li. Sp. oben (Patentrecht, Negram II) und S. 456, re. Sp. (Warenzeichenrecht, Negram III).

3) So auch Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 298.

zwischen diesem Prinzip und dem Bestandsschutz der gewerblichen Schutzrechte generell am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auszurichten, wobei Verhältnismäßigkeit zu lesen ist als 'Gemeinschaftsverträglichkeit'. Von diesem Grundsatz geht offensichtlich der Gerichtshof in beiden Entscheidungen aus, wenn er eine Beschränkung des Warenverkehrs durch gewerbliche Schutzrechte auch dann für unzulässig erklärt, wenn sie dem Zweck dient, den Vertrieb eines pharmazeutischen Produktes (des Arzneimittels 'Negram') zu überwachen, um die Öffentlichkeit vor Gefahren durch fehlerhafte Produkte zu bewahren.[1] Indem der Gerichtshof auch diesen Rechtfertigungstatbestand des Art. 36 Satz 1 EWGV ausschließt, unterstreicht er erneut die überragende Bedeutung der Freiheit des Warenverkehrs für die Errichtung und das Funktionieren eines Gemeinsamen Marktes.[2]

§ 6: Die Bestimmung des 'spezifischen Gegenstandes' der gewerblichen Schutzrechte

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß die Rechtsordnung der Gemeinschaft zwar das Bestehen einzelstaatlicher gewerblicher Sonderschutz-

---

1) Siehe dazu die Vorlagefrage des Hoge Raad der Nederlanden unter I e, GRUR Int. 1974, S. 336.

2) Der EuGH folgt damit der Auffassung des Generalanwalts Trabucchi; siehe dessen Schlußanträge GRUR Int. 1974, S. 461.

rechte akzeptiert, daß jedoch die Geltendmachung dieser Schutzrechte dort endet, wo das Erreichen vorrangiger Ziele des europäischen Zusammenschlusses gefährdet erscheint. Diese Beschränkung der nationalen Schutzrechte, in der Literatur bald als 'entschädigungslose Enteignung'[1], bald als 'notwendiges Opfer auf dem Altar des Gemeinsamen Marktes'[2] bezeichnet, ist das Ergebnis der zuvor dargestellten Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes. Insbesondere mit der Entscheidung 'Deutsche Grammophon' hat der Gerichtshof der Ausübung der gewerblichen Schutzrechte auch dort eine Grenze gesetzt, wo sie weder auf einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 EWGV noch auf der mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 86 EWGV beruht.

Angesichts dieser Rechtsprechung, die - wie die neuesten Urteile des EuGH zeigen - ständige Entscheidungspraxis des Gerichtshofs ist, stellt sich die Frage nach dem Inhalt und der Reichweite der Rechtsposition, die die einzelstaatlichen gewerblichen Schutzrechte unter der Geltung des Gemeinschaftsrechts zu verschaffen vermögen. Eine Antwort auf diese Frage soll gewonnen werden aus einer kritischen Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofs; insbesondere soll die Tragweite der beiden Grundsätze untersucht

---

1) So etwa Kroitzsch, BB 1972, S. 424 ff.

2) Dieses Bild benutzt Mak, Warenzeichen und Gemeinsamer Markt, GRUR Int. 1975, S. 118 ff. (122). D. Reimer, GRUR Int. 1972, S. 233 bezeichnet dieses Opfer als verfrüht.

werden, die der Gerichtshof der Durchsetzbarkeit nationaler gewerblicher Schutzrechte entgegensetzt, die Prinzipien der Freiheit des Wettbewerbs einerseits und der Freiheit des Warenverkehrs andererseits.

I: Inhalt und Brauchbarkeit der Begriffe 'Bestand' und 'Ausübung'

Seit der Entscheidung im Falle Grundig/Consten ./. Kommission[1] hat der europäische Gerichtshof in allen seinen Entscheidungen im Zusammenhang mit gewerblichen Schutzrechten das Begriffspaar 'Bestand' und 'Ausübung' herausgestellt und betont, daß der EWG-Vertrag den Bestand der nationalen gewerblichen Schutzrechte unberührt lasse, die Ausübung der Schutzrechte jedoch unter die Verbotsnormen des Vertrages falle. Diese Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung eines Schutzrechts, die der EuGH aus Art. 36 EWGV herleitet[2], ist in der Literatur unterschiedlich interpretiert worden. Einige Autoren

---

1) Urteil v. 13. 7. 1966, verbundene Rechtssachen 56 und 58/64, Rspr. EuGH XII, S. 321 ff.; siehe oben S. 42 ff.

2) So im Sirena-Urteil, EuGH v. 18. 2. 1971, RS 40/70, Rspr. EuGH XVII, S. 69 ff. Siehe dazu auch Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 63. Noch in der Grundig-Entscheidung hatte der EuGH auch auf Art. 222 EWGV abgestellt, aaO., Rspr. XII, S. 394.

lehnen das Begriffspaar als unbrauchbar ab[1]; nur wenige erkennen, daß die Unterscheidung nur einen Lösungsansatz zu bieten vermag[2], nicht aber schon das Problem des Verhältnisses der nationalen gewerblichen Schutzrechte zum Gemeinschaftsrecht verbindlich löst. Dazu sind die Begriffe Bestand und Ausübung zu pauschal und vage. So kritisiert der überwiegende Teil der Literatur, daß eine Trennung zwischen dem Bestand eines Schutzrechts und seiner Ausübung nicht möglich sei, zumindest aber eine deutliche Grenzziehung zwischen beiden Begriffen ausgeschlossen sei.[3] Dieser Auffassung kann hingegen nicht gefolgt werden. Soweit zu ihrer Begründung darauf hingewiesen wird, daß die Ausübung der Ausschließlichkeitsbefugnisse in ihrem gesetzlichen Umfang zum Bestand der gewerblichen Schutzrechte zu zählen sei[4], ist entgegenzuhal-

---

1) So deutlich Kraft, MA 1972, S. 35 ff. (38); anders jedoch ders. in GRUR Int. 1975, S. 283 ff. (284), wo Kraft betont, daß es dem EuGH um die Abgrenzung von zulässiger und unzulässiger Ausübung der Schutzrechte gehe; Mailänder in Gemeinschaftskommentar, Anm. 43 zu Art. 85 EWGV, spricht der Unterscheidung die 'sachliche Ergiebigkeit' ab.

2) So allerdings Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 61 und ihm folgend Andermann, aaO., S. 62; ebenso Loewenheim, Marktaufteilung, GRUR Int. 1971, S. 260 ff. (264).

3) So beispielsweise Heiseke, WRP 1974, S. 589 ff. (593); Kraft, GRUR Int. 1975, S. 283 ff. (284); v. Gamm, GRUR Int. 1975, S. 185 ff. (189); ähnlich auch Loewenheim, Marktaufteilung, GRUR Int. 1971, S. 260 ff. (264) und D. Reimer, GRUR Int. 1972, S. 221 ff. (233).

4) So etwa v. Gamm und Heiseke, aaO., wie in FN 1. Dagegen Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (289 und dort FN 75).

ten, daß diese Auffassung im Ergebnis dazu führen würde, die positiven Benutzungsbefugnisse mit dem Begriff 'Bestand', die negativen Ausschlußrechte dagegen mit dem Begriff 'Ausübung' gleichzusetzen. Eine derartige Trennung ist in der Tat undenkbar, denn Nutzungs- und Verbietungsrecht schaffen erst zusammen einen vollständigen Rechtssatz. Die im Gesetz (beispielsweise in § 6 PatG oder § 15 WZG) aufgeführten Nutzungsbefugnisse umschreiben den positiven Kern des Immaterialgüterrechts; seinen Charakter als ausschließliches, dingliches Recht erhält das gewerbliche Schutzrecht erst durch die Normierung entsprechender Verbietungsrechte, zum Beispiel § 47 PatG oder § 24 WZG.[1] Diese Verbietungsrechte mit dem Begriff 'Ausübung' der Schutzrechte gleichzusetzen hieße, den Immaterialgüterrechten in bestimmten Fällen den Charakter als dingliche Rechte zu nehmen. Einer solchen Interpretation der Rechtsprechung des EuGH steht die deutliche Aussage des Gerichtshofs in der 'Sirena'-Entscheidung[2] entgegen, wonach ein gewerbliches Schutzrecht (in jenem Falle ein Warenzeichenrecht) als Rechtsinstitut an sich die Tatbestandsmerkmale einer Verbotsnorm des Vertrages (dort des Kartellverbots gem. Art. 85 Abs. I EWGV) nicht erfüllt.[3]

---

1) Siehe oben S. 7.

2) Rspr. EuGH XVII, S. 69 ff. (83).

3) Im Ergebnis ebenso Kraft, GRUR Int. 1975, S. 283 ff. (284) und Loewenheim, Marktaufteilung, GRUR Int. 1971, S. 260 ff. (264).

Ist sonach als Bestand des Schutzrechts das Rechtsinstitut an sich anzusehen, so folgt daraus, daß grundsätzlich jede Betätigung des Rechts zu seinem Bestand gehören muß; das gilt für die bloße Ausübung einer Nutzungsbefugnis oder die Geltendmachung eines Verbietungsanspruches ebenso wie für den Verkauf oder die Teilübertragung (ausschließliche Lizenzierung) des Schutzrechts.

Mit diesem Argument ist all jenen Versuchen in der Literatur zu begegnen, den Bestand der gewerblichen Schutzrechte positiv zu definieren und gegenüber der Ausübung abzugrenzen.[1] Abgesehen davon, daß eine Definition des Bestandes kaum plausibel begründbar erscheint[2], muß der Versuch einer Definition praktisch dazu führen, einen Katalog von 'Minimalbefugnissen' aufzustellen, die auf jeden Fall erlaubt sein sollen. Ein solches Vorgehen aber bedeutet nichts anderes als eine Wiederbelebung der in der deutschen Rechtsordnung vorherrschenden Inhaltslehre

---

1) Den Versuch einer Definition des Schutzrechtsbestandes unternimmt Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 62 ff. Von der Notwendigkeit dieser Definition scheint auch Andermann, Territorialitätsprinzip, überzeugt zu sein, aaO., S. 64. Ähnlich auch Loewenheim, aaO., GRUR Int. 1971, S. 264, der sich um eine 'Konkretisierung' anhand der anerkannten Funktionen der Schutzrechte bemüht.

2) Auch Johannes, aaO., S. 63, gibt keine Begründung für die von ihm aufgezählten 'Elemente des Bestandes' (Herstellung, Vervielfältigung, erstes Inverkehrbringen), sondern beruft sich pauschal auf die Entscheidung 'Parke-Davis' des EuGH.

Daß der Zielkonflikt zwischen den gewerblichen Schutzrechten und dem Kartellrecht des EWG-Vertrages nicht auf der Grundlage einer 'partiellen Bereichsausnahme' zu lösen ist, wurde oben[1] damit begründet, daß sich die Bestimmung des kartellrechtsfreien Inhalts der Schutzrechte nach der Rechtsordnung des jeweiligen Erteilungsstaates richten würde und damit die Einheitlichkeit der Geltung des Gemeinschaftsrechts in Frage gestellt wäre. Dieser Einwand muß auch dann gelten, wenn die nationalen Schutzrechte nicht mehr allein vom Kartellrecht, sondern daneben auch von allgemeinen Ordnungsprinzipien des Gemeinschaftsrechts, beispielsweise dem Prinzip der Liberalisierung des Handelsverkehrs, begrenzt werden sollen. Da die Gemeinschaftsrechtsordnung bislang nicht die von den gewerblichen Schutzrechten gewährten Rechtspositionen einheitlich für alle Mitgliedstaaten verbindlich positiv geregelt hat, kann der materielle Gehalt dieser Rechtspositionen und damit der Bestand der Schutzrechte nur von den nationalen Rechtsordnungen angegeben werden.[2] Den Prinzipien des Gemeinsamen Marktes kann dann nur so Geltung verschafft werden, daß die Durchsetzbarkeit der gewerblichen Schutzrechte in der EWG an der Schranke der Gemeinschaftsverträglichkeit endet. Diese Schranke der Gemein-

---

1) S. 44 f.

2) Das betont auch der Generalanwalt Trabucchi in seinen Schlußanträgen in den Rechtssachen 15 und 16/74 (Negram II und Negram III), GRUR Int. 1974, S. 459.

schaftsverträglichkeit wird konkretisiert durch die Prinzipien des freien und unverfälschten Wettbewerbs einerseits und die Freiheit des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten andererseits; beide Prinzipien sind als Aufgabenstellung zur Erreichung der Ziele des EWG-Vertrages in Art. 3 lit. a und f EWGV genannt.

Mithin ist der dogmatische Ansatzpunkt der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs, die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung der gewerblichen Schutzrechte, so zu verstehen, daß der Bestand gleichzusetzen ist mit der bloßen Existenz einzelstaatlicher Sonderrechtsgewährung für bestimmte Leistungen auf kulturellem oder technischem Gebiet, anders gewendet: die Existenz einzelstaatlicher gewerblicher Sonderrechte wird vom EuGH als eine der EWG-Rechtsordnung vorgegebene Tatsache akzeptiert. Jede Betätigung des Rechtsinhabers aufgrund seines Schutzrechts, das heißt jede Schutzrechtsverwirklichung unterfällt den Verbotsvorschriften des EWG-Vertrages, wenn sie grenzüberschreitende Wirkung zeigt und im Widerspruch zu den Zielen der europäischen Gemeinschaft steht. Der Ausgleich zwischen der Ausübung des Schutzrechts und ihren Auswirkungen einerseits und den Integrationszielen des EWG-Vertrages andererseits macht daher eine Güter-

abwägung im Einzelfall erforderlich.[1]

Das Erfordernis einer Güterabwägung folgt auch aus dem Wortlaut und der Systematik des Art. 36 Satz 1 EWGV, der Vorschrift, die der EuGH als Grundlage für die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung heranzieht. Wenn es dort heißt, daß Einschränkungen des zwischenstaatlichen Handels nur unter bestimmten Voraussetzungen 'gerechtfertigt' sind, so bedeutet das einerseits, daß nicht jede Schutzrechtsverwirklichung am Grundsatz der Freiheit des Warenverkehrs scheitern muß, andererseits aber auch nicht jede einzelstaatlich gewährleistete Rechtsposition eine Freistellung von diesem Grundsatz bewirkt.[2] Vielmehr stehen die Rechtsgüter, zwischen denen die Abwägung vorgenommen werden muß, einander gleichberechtigt gegenüber; insoweit bleibt die Selbständigkeit der nationalen Rechtsordnungen gegenüber dem Gemeinschaftsrecht auch im Bereich der gewerblichen Schutzrechte erhalten.[3]

Auf der Grundlage dieser Interpretation der Rechtsprechung des Gerichtshofs erschließt sich

---

1) Das betonen auch Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 461 und besonders deutlich Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (298). Siehe dazu auch die Schlußanträge des Generalanwalts Trabucchi in den Rechtssachen 15 und 16/74, GRUR Int. 1974, S. 459.

2) Diese Überlegung stellt auch Ullrich, aaO., GRUR Int. 1975, S. 298 an.

3) Dies entgegen Kroitzsch, BB 1972, S. 424 ff. (428). Wie hier auch Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 462.

auch das Verständnis des Begriffs 'spezifischer Gegenstand'. Dieser Begriff stellt sich nicht etwa als bloßes Synonym für den 'Bestand' des Schutzrechts dar[1]; auch der spezifische Gegenstand eines Schutzrechts läßt sich kaum positiv definieren. Vielmehr ist der spezifische Gegenstand eines Schutzrechts - der Systematik des Art. 36 Satz 1 EWGV folgend - zu verstehen als ein einschränkendes Beurteilungskriterium innerhalb der Güterabwägung zwischen den gewerblichen Schutzrechten und den Integrationszielen des EWG-Vertrages. Nur zur Wahrung des spezifischen Gegenstandes einer bestimmten Position des gewerblichen und kommerziellen Eigentums können ausnahmsweise Abweichungen von den Prinzipien des freien Warenverkehrs und des freien und unverfälschten Wettbewerbs zulässig sein.[2] Das bedeutet, daß der spezifische Gegenstand eines Schutzrechts das Maß dessen angibt, was zum Schutz des kommerziellen Eigentums als Beeinträchtigung der tragenden Grundsätze des EWG-Vertrages, wie sie in Art. 3 lit. a und f EWGV normiert sind, tolerierbar erscheint, mit anderen Worten: der spezifische Gegenstand bezeichnet den überhaupt erzielbaren Umfang einzelstaatlichen gewerblichen Rechtsschutzes

---

1) Dies entgegen Kroitzsch, BB 1972, S. 424 ff. (428). Wie hier auch Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 462.

2) So aber etwa Heiseke, WRP 1974, S. 594 und auch Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 64.

3) So auch der Generalanwalt Trabucchi in den Schlußanträgen in den Verfahren Negram II und Negram III, GRUR Int. 1974, S. 459.

im Gebiet und unter der Geltung der Rechtsordnung des Gemeinsamen Marktes.

Damit steht fest, daß sich aus dem Bedürfnis, das Gemeinschaftssystem funktionsfähig zu erhalten[1], im Einzelfall Beschränkungen der dem Rechtsinhaber durch die nationalen Schutzgesetze eingeräumten Befugnisse ergehen können. Nur insoweit führt die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs - insbesondere seit der Schlüsselentscheidung im Falle 'Deutsche Grammophon' - im Ergebnis zu einer Überlagerung und Modifizierung des innerstaatlichen Rechts. Dieses Ergebnis korrespondiert mit dem vom EuGH in ständiger Rechtsprechung ausgesprochenen Grundsatz vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor entgegenstehenden Normen des Mitgliedstaatenrechts.[2]

II: Die Beurteilungskriterien des EuGH

Wie die Analyse der Rechtsprechung des EuGH ergeben hat, wird die Durchsetzbarkeit der einzelstaatlichen gewerblichen Schutzrechte begrenzt

---

1) Den Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftssystems betont auch Generalanwalt Trabucchi, aaO., GRUR Int. 1974, S. 459.

2) EuGH v. 15. 7. 1964, RS 6/64, Rspr. EuGH X, S. 1270 - Costa-Enel -; EuGH v. 13. 2. 1969, RS 14/68, Rspr. EuGH XV, S. 14 - Walt-Wilhelm ./. BKA - (Teerfarben). Siehe dazu auch Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrechts, S. 128 ff. und Mailänder in Gemeinschaftskommentar, Grundzüge des EWG-Wettbewerbsrechts, Anm. 19.

durch die in Art. 3 lit. a und f EWGV als unverzichtbare Integrationsmittel[1] normierten Prinzipien der Freiheit des Warenverkehrs und der Schaffung eines freien und unverfälschten Wettbewerbssystems. Im folgenden soll untersucht werden, wie diesen Prinzipien im Bereich der gewerblichen Schutzrechte Geltung zu verschaffen ist und in welchem Verhältnis die beiden Ordnungsfaktoren bei der Beurteilung schutzrechtlicher Sachverhalte zueinander stehen.

1. Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs

Nach Art. 3 lit. f EWGV umfaßt die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Art. 2 EWGV die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt. Diesem Schutz dienen die Art. 85 und 86 EWGV sowie die Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts, namentlich die Verordnungen des Rates der EWG Nr. 17[2] und Nr. 19/65.[3]

Den in diesen Vorschriften und Verordnungen enthaltenen Wettbewerbsregeln kommt die final

---

1) v.d.Groeben-v.Boeckh-Härringer, Anm. II, 1 zu Art. 3 EWGV; Wohlfahrt-Everling-Glaesner-Sprung, Anm. 2 zu Art. 2 EWGV.

2) Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 EWGV, v. 6. 2. 1962, ABl. EG v. 21. 2. 1962, S. 204.

3) Verordnung über die Anwendung von Art. 85 Abs. III EWGV auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, v. 2. 3. 1965, ABl. EG Nr. 36 v. 6. 3. 1965, S. 533.

auf die Marktintegration bezogene Aufgabe zu, jede Verfälschung, Behinderung oder Beschränkung des Wettbewerbs zu unterbinden, die durch bestimmte Formen zwischenbetrieblichen Zusammenwirkens (Art. 85) oder die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 86) bezweckt oder bewirkt wird. Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Verbotsvorschriften ist an bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft, die gerade in den Fällen der Schutzrechtsverwirklichung nicht immer vorliegen.

Das gilt zunächst für das Tatbestandsmerkmal der Kartellformen, der Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmten Verhaltensweisen gem. Art. 85 Abs. I EWGV, die begrifflich das Zusammenwirken von mindestens zwei Marktteilnehmern voraussetzen. Damit sind der kartellrechtlichen Beurteilung alle diejenigen Sachverhalte entzogen, in denen der Schutzrechtsinhaber allein die Ausschließlichkeitsstellung wahrnimmt. Gleiches gilt nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs für die Fälle, in denen die Schutzrechtsverwirklichung durch das zwar rechtlich selbständige, wirtschaftlich aber vollständig abhängige Tochterunternehmen eines Konzerns erfolgt.[1] Ein

---

1) Siehe zuletzt das Urteil des EuGH v. 31. 10. 1974, RS 15 und 16/74, GRUR Int. 1974, S. 454 ff. - Negram II und III - und weitere Nachweise in den Schlußanträgen des Generalanwalts in diesen Verfahren, GRUR Int. 1974, S. 462.

solcher Sachverhalt kann allenfalls der Verbotsnorm des Art. 86 EWGV unterfallen, wenn der Schutzrechtsinhaber eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und außerdem die übrigen Voraussetzungen dieser Vorschrift gegeben sind.[1]

Dieses Ergebnis hat der EuGH jedoch dadurch erweitert, daß er die Geltendmachung gewerblicher Schutzrechte schon dann dem Kartellverbot des Art. 85 Abs. I EWGV unterstellt, wenn sie 'Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache' ist. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die schutzrechtliche Verbietungsklage als 'flankierende Maßnahme' einer anderweitig wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, etwa einer Alleinvertriebsvereinbarung, erscheint.[2] Gleiches gilt dann, wenn die Geltendmachung des Verbietungsanspruchs auf eine Übertragung des zugrundeliegenden Schutzrechts zurückzuführen ist, die im Zusammenhang mit der übrigen Schutzrechtspolitik des ursprünglichen Rechtsinhabers zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führt.[3]

Das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung ist jedoch dann verwirklicht, wenn der Rechtsinhaber sein Schutzrecht durch Lizenzierung verwertet. In diesen Fällen ist die weitere Prüfung erforderlich, ob die auf den Lizenzvertrag zurückzu-

---

1) Siehe dazu Andermann, Territorialitätsprinzip, S. 124 mit zahlreichen Nachweisen.

2) So im Falle Grundig-Consten; siehe dazu oben S. 53 ff.

3) So im Falle Sirena; siehe dazu oben S. 65 ff.

führende Geltendmachung des Schutzrechts zu einer Verfälschung, Behinderung oder Beschränkung des Wettbewerbs führt. Bei der einfachen Lizenz, die sich in der bloßen Gestattung der Ausübung des Schutzrechts erschöpft und daneben keinerlei Beschränkung des Lizenznehmers oder des Lizenzgebers mit sich bringt, ist eine Verfälschung[1] des Wettbewerbs nicht feststellbar. Hingegen kann die ausschließliche Lizenz zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen. Besteht die Ausschließlichkeitsbindung darin, daß der Lizenzgeber die Nutzung des Schutzrechts nur einem einzigen Vertragspartner einräumt (Exklusivlizenz), so verliert er die Möglichkeit, mit anderen Nachfragern nach einer Lizenz Verträge abzuschließen.[2] Obwohl die Kartellvorschriften des EWG-Vertrages keine Definition des Wettbewerbs enthalten, ist in der Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane anerkannt, daß eine Wettbewerbsverfälschung nicht nur in einer Beschränkung der Handlungsfreiheit derjenigen Unternehmen zu sehen ist, die Partner der betreffenden Vereinbarung sind, sondern daß es ausreicht, wenn die Auswahlfreiheit der vor- oder nachgelagerten Marktstufen oder der

---

1) Der Begriff 'Verfälschung' in Art. 85 Abs. I EWGV schließt als umfassender Oberbegriff die Behinderung und die Beschränkung mit ein; siehe v.d.Groeben-v.Boeckh-Thiesing, Anm. 38 zu Art. 85 EWGV.

2) So die Kommission in ihrer Freistellungsentscheidung vom 9. 6. 1972, ABl. EG L 143, S. 31 - Davidson-Rubber -; siehe dazu besonders die neueste Entscheidung der Kommission zu einem ausschließlichen Patentlizenzvertrag vom 2. 12. 1975, ABl. EG L 6, S. 8 ff. (12) - AOIP-Beyrard-

Verbraucher eingeschränkt ist.[1]

Die Exklusivlizenz führt daher zu einer Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Lizenzmarkt: einerseits büßt der Anbieter (Lizenzgeber, Schutzrechtsinhaber) seine Handlungsfreiheit (weitere Lizenzvergabe) ein; andererseits sind andere Lizenznachfrager, die auf diesem Markt die (Markt-) Gegenseite bilden, betroffen, denn ihnen ist der Zugang zum Lizenzmarkt für dieses Schutzrecht abgeschnitten.[2]

Die Alleinlizenz führt darüber hinaus aber auch zu einer Wettbewerbsbeschränkung auf dem Warenmarkt für die lizenzgemäß hergestellten Produkte. Im Falle der Exklusivlizenz tritt auf dem Warenmarkt neben dem Schutzrechtsinhaber allein der Lizenznehmer auf, während andere (potentielle) Lizenznehmer ausgesperrt bleiben.[3] Die gleiche Auswirkung auf beiden Märkten zeigt sich erst recht in den Fällen, in denen zusätz-

---

1) So die Kommission in ihren Erklärungen in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64, Rspr. EuGH XII, S. 338 und der Gerichtshof in demselben Verfahren, aaO., S. 390. Siehe dazu auch v.d.Groeben-v.Boeckh-Thiesing, Anm. 36 zu Art. 85 EWGV sowie Mailänder in Gemeinschaftskommentar, Anm. 18 zu Art. 85 EWGV.

2) Anders jedoch Ullrich, Ausschließliche Patentlizenzen im Gemeinsamen Markt, ZHR 137 (1973), S. 134 ff. (149), der eine kartellrechtlich erhebliche Freiheitsbeschränkung des Lizenzgebers verneint.

3) Auch die Kommission stellt in ihrer Entscheidung v. 2. 12. 1975, ABl. EG L 6, S. 12 - AOIP-Beyrard - sowohl auf die Wettbewerbsbeschränkung auf dem Lizenzmarkt als auch auf diejenige auf dem Warenmarkt ab.

zur Exklusivbildung noch ein Verwertungsausschluß für den Lizenzgeber vereinbart wird, also in den Fällen der absoluten Exklusivlizenz; auf dem Warenmarkt ist der Lizenznehmer dann sogar alleiniger Anbieter, jeder interbrand-Wettbewerb ist ausgeschaltet.

Die Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Lizenzmarkt und dem nachgeordneten Warenmarkt wird jedoch nur dann vom Verbot des Art. 85 Abs. I EWGV und der in Absatz II der Vorschrift normierten Nichtigkeitsfolge erfaßt, wenn sie geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Diese Handelsklausel hat nach überwiegender Auffassung eine doppelte Funktion[1]: sie dient einmal als Kollisionsregel zur Abgrenzung des Geltungsbereichs der Verbotsnorm gegenüber dem innerstaatlichen Recht, indem sie eine zwischenstaatliche Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung vorschreibt.[2] Darüber hinaus ist in der Handelsbeeinträchtigung ein neben die Wettbewerbsbeschränkung tretendes zu-

---

1) Siehe dazu Mailänder in Gemeinschaftskommentar, Grundzüge der Wettbewerbsregeln des EWGV, Anm. 12 sowie Anm. 27 zu Art. 85 EWGV; v.d.Groeben-v.Boeckh-Thiesing, Anm. 26 ff. zu Art. 85 EWGV. Zur eigenständigen Bedeutung der Handelsklausel in Art. 85 siehe Eichler, Handelsbeeinträchtigung und Wettbewerbsbeschränkung, 1972, insbesondere S. 60 f.

2) Siehe zur Abgrenzungsfunktion die Urteile des EuGH v. 30. 6. 1966, RS 56/65, Rspr. EuGH XII, S. 303 - Maschinenbau Ulm - und vom 13. 7. 1966, Rspr. EuGH XII, S. 389 - Grundig-Consten - und neuerdings Urteil v. 22. 1. 1974, RS 6 und 7/73, Rspr. EuGH XX, S. 223 ff. - Commercial Solvents Corp. -. Gegen die Annahme einer Kollisionsregel allerdings P. Ulmer, Der sachliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellverbots, Jur A 1970, Wirtschaftsrecht I, S. 5 ff. (18).

sätzliches Tatbestandsmerkmal zu sehen, das - ohne kausale Verknüpfung mit der Wettbewerbsbeschränkung[1] - bereits dann erfüllt ist, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Handel zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes nachteilig sein kann.[2]

Mit dem Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung eng verknüpft ist die weitere Voraussetzung der Spürbarkeit: eine Vereinbarung wird dann nicht von der Verbotsnorm des Art. 85 Abs. I EWGV erfaßt, wenn sie den Handel mit Rücksicht auf die schwache Stellung der Beteiligten auf dem fraglichen Markt nur geringfügig beeinträchtigt.

Geht man im Hinblick auf die bisher aufgeführten und insbesondere die beiden letzten Tatbestandsmerkmale an eine Beurteilung der Alleinlizenz

---

1) So aber Deringer, WUW/EWGV, Anm. 50 zu Art. 85 Abs. I EWGV und Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 120. - Wie hier dagegen Eichler, aaO., S. 104, sowie Mailänder in Gemeinschaftskommentar, Anm. 32 zu Art. 85 EWGV mit weiteren Nachweisen.

2) EuGH, Urteil v. 9. 7. 1969, RS 5/69, Rspr. EuGH XV, S. 295 - Völk ./. Vervaecke -; Freistellungsentscheidung der Kommission v. 27. 6. 1967, ABl. EG Nr. 163, S. 10. - Transocean Marine Paint Association -.

mit absolutem Gebietsschutz, so stellt sich die Subsumtion unter das Kartellverbot des EWG-Vertrages wie folgt dar:
Die schutzrechtliche Verbietungsklage, mit der der Inhaber eines Schutzrechts oder sein ausschließlicher Lizenznehmer gegen die Einfuhren von Originalwaren vorgehen will, geht zurück auf den Lizenzvertrag. Diese Vereinbarung im Sinne des Art. 85 Abs. I EWGV bezweckt oder bewirkt eine Beschränkung des Wettbewerbs sowohl auf dem Lizenzmarkt als auch auf dem Warenmarkt für das geschützte Erzeugnis, da nicht nur die Partner des Lizenzvertrages oder gegebenenfalls des Lizenzvertragssystems, sondern darüber hinaus auch konkurrierende Dritte am Absatz des geschützten Produkts gehindert werden. Die schutzrechtliche Verbietungsklage führt auch zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, da der freie Fluß der geschützten Ware über die Grenzen innerhalb der Gemeinschaft hinweg unterbunden wird und damit schutzrechtliche Schranken an die Stelle der fallenden Ländergrenzen gesetzt werden. Diese Beeinträchtigung ist dann spürbar, wenn dem geschützten Produkt auf dem betreffenden Markt nicht nur eine untergeordnete Position zukommt. Demnach steht die Alleinlizenz mit absolutem Gebietsschutz in einem derart eklatanten Widerspruch zu den Zielen des EWG-Vertrages, daß die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Kartellverbot, wie sie Art. 85 Abs. III EWGV grund-

sätzlich vorsieht, kaum jemals gegeben sein werden.[1]

2. Prinzip des freien Warenverkehrs

Als weitere Schranke der Durchsetzbarkeit gewerblicher Schutzrechte im Gemeinsamen Markt ist nunmehr das Prinzip des freien Warenverkehrs zu untersuchen, das in Art. 3 lit. a EWGV ebenfalls als unverzichtbares Integrationsmittel bezeichnet ist. Der Verwirklichung dieses Prinzips dienen die Verbotsvorschriften der Art. 30 und 34 EWGV, wonach mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind. Dieses Verbot entfaltet nach Ablauf der Übergangszeit, das heißt vom 1. 1. 1970 an unmittelbare Wirkung dergestalt, daß die staatlichen Gerichte die Verbotsnorm zu beachten haben und durch die Vorschrift Rechte der einzelnen Marktbürger begründet werden.[2]

---

1) Siehe zu den Freistellungsvoraussetzungen allgemein Mailänder in Gemeinschaftskommentar, Anm. 56 ff. zu Art. 85 EWGV; zur Anwendbarkeit von Art. 85 Abs. III auf ausschließliche Patentlizenzen siehe Ullrich, Ausschließliche Patentlizenzen im Gemeinsamen Markt, ZHR 137 (1973), S. 134 ff. (162 f.). Dazu auch die Entscheidungen der Kommission v. 25. 7. 1975, ABl. EG 1975 Nr. L 249, S. 27 ff. - Bronbemaling - und v. 18. 7. 1975, ABl. EG 1975 Nr. L 222, S. 34 ff. - Kabelmetall-Luchaire -. Die Freistellung wurde versagt in der Entscheidung v. 2. 12. 1975, ABl. EG L 6, S. 8 ff. (14 f.) - AOIP-Beyrard -, wo allerdings außer der Gebietsschutzklausel noch andere wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen vorlagen. Zum Verbot des absoluten Gebietsschutzes auch bei Alleinvertriebsvereinbarungen siehe zuletzt EuGH v. 1. 10.

Auf die in der europarechtlichen Literatur im einzelnen kontroverse Bestimmung des Begriffs der kontingentsgleichen Maßnahme[1] braucht hier nicht eingegangen zu werden, denn mit dem EuGH[2] und der überwiegenden Meinung in der Lehre[3] ist davon auszugehen, daß jede Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, nach Art. 30 und 34 EWGV untersagt ist. Unter diesen weiten Begriff fallen auch die einfuhrsperrenden Auswirkungen der gewerblichen Schutzrechte. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch Wortlaut und Systematik des Art. 36 Satz 1 EWGV.[4] Diese Vorschrift enthält einen Katalog von Freistellungsmöglichkeiten vom Grundsatz des freien Warenverkehrs;

Fortsetzung der FN 1) u. 2) v. S. 118:

1975, RS 25/75, abgedruckt in AWD BB 1975, S. 637 ff. - Dalle Crode - (ital. Pinsel).

2) Einhellige Auffassung: siehe statt aller Graf, Der Begriff 'Maßnahmen gleicher Wirkung' im EWG-Vertrag, 1972, S. 4, 16 f. und P. Ulmer, Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen im EWG-Vertrag, in Rechtsvergleichung, Interessenausgleich und Rechtsfortbildung, Festschrift f. E. Ulmer, GRUR Int. 1973, S. 502 ff. (502) jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

1) Siehe zum Streitstand v.d.Groeben-v.Boeckh-Ehlermann, Vorbem. II vor Art. 30 EWGV.

2) Urteil v. 11. 7. 1974, RS 8/74, Rspr. EuGH XX, S. 837 ff. (852) - Dassonville - (Scotch Whisky) und Urteil v. 22. 2. 1975, RS 12/74, Rspr. EuGH XXI, S. 181 ff. (193, 198) - Kommission ./. BRD-(Deutscher Sekt).

3) So besonders deutlich Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (300 und dort FN 91 mit weiteren Nachweisen); ebenso v.d.Groeben-v.Boeckh-Ehlermann, Vorbem. II 2 b vor Art. 30 EWGV.

4) So auch Ullrich, aaO., GRUR Int. 1975, S. 297.

neben Handelsbeschränkungen, die aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses hinzunehmen sind, werden auch solche Einfuhrbeschränkungen gerechtfertigt, die dem Schutz des gewerblichen (und damit privaten) Eigentums dienen. Daraus erhellt, daß die Verfasser des EWG-Vertrages die territoriale Ausschlußwirkung der einzelstaatlichen gewerblichen Schutzrechte als Handelsschranken im Sinne des Art. 30 EWGV angesehen haben. Diese Handelsbeschränkung ist jedoch durch die bloße Berufung auf die Ausnahmetatbestände des Art. 36 Satz 1 EWGV aber nicht 'per se' vom Verbot des Art. 30 EWGV freigestellt; vielmehr muß nachgewiesen werden, daß die Maßnahme 'gerechtfertigt', das heißt zum Schutz des in Art. 36 Satz 1 EWGV genannten Rechtsgutes notwendig ist.[1] In dieser Rechtfertigung der schutzrechtlichen Maßnahme am Grundsatz der Gemeinschaftsverträglichkeit liegt der dogmatische Ansatzpunkt für die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung.[2] Die damit erforderliche Güterabwägung ist ihrerseits auszurichten an der Vorschrift des Art. 36 Satz 2 EWGV, dem Verbot der willkürlichen Diskriminierung und der verschleierten Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels. Dieser Vorschrift kommt daher eine die Freistellungstatbestände des Art. 36 Satz 1 korrigierende Funktion zu,

---

1) v.d.Groeben-v.Boeckh-Ehlermann, Anm. II zu Art. 36 EWGV.

2) Ähnlich Ullrich, aaO., GRUR Int. 1975, S. 297.

die einer ungerechtfertigten Ausweitung der Ausnahmeregelungen zu Lasten des freien Warenverkehrs vorbeugen soll.

In diesem Zusammenhang gewinnt der Begriff 'spezifischer Gegenstand' Bedeutung. Art. 36 Satz 1 EWGV erlaubt Ausnahmen vom Grundsatz des freien Warenverkehrs nur, soweit sie zur Wahrung der Rechte notwendig sind, die den spezifischen Gegenstand des gewerblichen und kommerziellen Eigentums ausmachen. Geht die Geltendmachung des gewerblichen Schutzrechts über diesen Rahmen hinaus, so ist sie nach der Terminologie des Art. 36 Satz 2 EWGV als eine 'Verschleierung' der Handelsbeschränkung anzusehen, mit anderen Worten: die Durchsetzung eines Schutzrechts rechtfertigt Einfuhrbeschränkungen dann nicht mehr, wenn sie nicht der Wahrung typisch schutzrechtlicher Belange dient, sondern einen Vorwand darstellt, hinter dem sich vertriebs- und preispolitische Interessen des Schutzrechtsinhabers verbergen.[1]

Neben der tatbestandsmäßigen Erfassung der territorialen Ausschlußwirkungen der gewerblichen Schutzrechte durch Art. 30 EWGV ist es allein das Tatbestandsmerkmal der 'Verschleierung der Handelsbeschränkung zwischen den Mitgliedstaaten' im Sinne des Art. 36 Satz 2 EWGV, an dem gege-

---

1) So besonders deutlich Generalanwalt Trabucchi in seinen Schlußanträgen zu den Rechtssachen 15 und 16/74 (Negram II und III), GRUR Int. 1974, S. 459.

benenfalls die Durchsetzung des gewerblichen Schutzrechts scheitert.[1] Damit stellt das Prinzip des freien Warenverkehrs ein weit weniger differenziertes Beurteilungskriterium für Schutzrechtssachverhalte dar als das zuvor behandelte Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs. So läßt sich der Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV nicht etwa auf 'spürbare' Handelsbeschränkungen eingrenzen mit der Folge, daß nur unbedeutende Behinderungen des Warenstromes zwischen den Mitgliedstaaten zulässig wären[2]; demgemäß fehlt auch eine dem Art. 85 Abs. III EWGV vergleichbare Freistellungsmöglichkeit. Ein anderes Ergebnis stünde allerdings im Widerspruch zu dem in Art. 3 lit. a EWGV genannten Ziel des EWG-Vertrages, nämlich der Abschaffung, das heißt der vollkommenen Beseitigung von Handelsschranken zwischen den Mitgliedstaaten.[3]

Das Fehlen eindeutiger und fest umrissener Tatbestandsmerkmale führt zu dem Schluß, daß das

---

1) Anders jedoch v.d.Groeben-v.Boeckh-Ehlermann, Anm. IV 3 zu Art. 36 EWGV, der der 'verschleierten Beschränkung' neben der von Art. 36 Satz 2 ebenfalls genannten 'willkürlichen Diskriminierung' keinen eigenen Anwendungsbereich zugestehen will, sondern die 'verschleierte Beschränkung' lediglich als Hilfsmittel zur Auslegung des Satzes 1 der Vorschrift versteht. Wie hier dagegen Ullrich, aaO., GRUR Int. 1975, S. 297.

2) So auch Graf, Der Begriff 'Maßnahmen gleicher Wirkung' im EWG-Vertrag, S. 56 ff.

3) Auf diese eindeutige und zwingende Aussage im EWG-Vertrag verweist auch Ullrich, aaO., GRUR Int. 1975, S. 297.

Prinzip des freien Warenverkehrs auch im Bereich der gewerblichen Schutzrechte eine allumfassend anwendbare Schranke darstellt, da grundsätzlich jede Ausschlußbefugnis eines Schutzrechts einem ausländischen Benutzer des Rechts entgegengehalten werden kann und so die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Warenverkehrs immer gegeben ist.

Das Fehlen eindeutiger Tatbestandsmerkmale führt dazu,daß die Reichweite des Prinzips des freien Warenverkehrs als Schranke der Immaterialgüter unbestimmt bleibt ; hierin liegt eine Quelle der Rechtsunsicherheit.

3. Das Verhältnis der beiden Prinzipien bei der Beurteilung schutzrechtlicher Sachverhalte

Der im Vergleich zum Verbot der Wettbewerbsbeschränkung wesentlich weiter gesteckte Anwendungsbereich des Verbots der Handelsbeschränkung wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis die beiden Verbotsprinzipien zueinander stehen, insbesondere ob sich zwischen ihnen eine Rangfolge bei der Beurteilung schutzrechtlicher Sachverhalte ergibt.

In der Literatur ist von Johannes[1] die Auffas-

---

1) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im Gemeinsamen Markt, 1973, S. 27 f.; ders., in seiner Anmerkung zum 'Kaffee-Hag'-Urteil des EuGH, in GRUR Int. 1975, S. 111 ff. (117).

sung vertreten wurden, der kartellrechtliche Aspekt sei 'logisch und systematisch notwendig sekundär'.

Die Annahme zwischen dem gewerblichen Schutzrechten und dem Gemeinschaftsrecht sei kein kartellrechtliches Problem, der Autor entzieht insoweit von einer 'falschen Optik der kartellrechtlichen Betrachtungsweise'.[1] Diese These führt im Ergebnis dazu, bei der gemeinschaftsrechtlichen Beurteilung der Ausschließlichkeitsrechte einzelstaatlicher Schutzrechte dem Verbot der Handelsbeschränkung, Art. 30 EWGV, den Vorrang einzuräumen vor der Beurteilung nach den kartellrechtlichen Bestimmungen, Art. 85, 86 EWGV. Jedoch vermag diese Auffassung meines Erachtens nicht zu überzeugen. Zwar ist Johannes zunächst darin zu folgen, daß die Verwertung gewerblicher Schutzrechte im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr kein ausschließlich wettbewerbsrechtliches Problem ist. Daraus kann jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß die Schutzrechtsverwertung überhaupt kein Problem des freien Wettbewerbs ist. Vielmehr ist entgegenzuhalten, daß einige Verwertungsformen kartellrechtlich sehr wohl problematisch sein können. Die Systeme des Exklusivlizenz und insbesondere Gebietslizenzen mit absolutem Gebietsschutz hat dies gezeigt.[2]

---

1) Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 27.

2) Siehe oben S. 116 f.

Ein Vorrang der Freiheit des Warenverkehrs vor der Wettbewerbsfreiheit kann auch aus der Systematik des EWG-Vertrages nicht hergeleitet werden. Selbst wenn man in Rechnung stellt, daß der Handel zu den 'Grundlagen der Gemeinschaft' gehört, der Wettbewerb aber 'nur' zu ihrer 'Politik'[1], so ist doch entscheidend darauf abzustellen, daß beide Prinzipien in Art. 3 lit. a und f EWGV gleichberechtigt nebeneinander stehen und dort zusammen mit anderen Aktionsbereichen als Mittel zur Erreichung der in Art. 2 genannten Ziele der Gemeinschaft aufgeführt sind.[2] Damit verstehen sich die Verbotsvorschriften des Art. 30 EWGV einerseits und der Art. 85 und 86 andererseits als von einander unabhängige Prüfungsmaßstäbe, an denen die Verwertung gewerblicher Schutzrechte im Gemeinsamen Markt zu messen ist. Zwar stellt die in Art. 85 Abs. I EWGV aufgestellte Tatbestandsvoraussetzung der 'Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels' eine sachliche Verbindung zu Art. 30 EWGV her, jedoch decken sich die Anwendungsbereiche der Normen nicht.[3]

---

1) Art. 85 und 86 EWGV befinden sich im 3. Teil des EWG-Vertrages, der die Überschrift 'Politik der Gemeinschaft' trägt. Auf die unterschiedliche Stellung der beiden Verbotsprinzipien im Gesamtsystem verweist Eichler, Handelsbeeinträchtigung und Wettbewerbsbeschränkung, 1972, S. 108 f.; auch Eichler neigt offenbar zu einer Priorität des Handels gegenüber dem Wettbewerb als Integrationsmittel.

2) Daß Art. 3 EWGV keine Rangfolge zwischen den dort genannten Aufgabenstellungen impliziert, betont Härringer in v.d.Groeben-v.Boeckh, Anm. I, 1 zu Art. 3 EWGV.

3) Das hebt auch Johannes, aaO., GRUR Int. 1975, S. 117 hervor.

Während Art. 85 EWGV nur diejenige Schutzrechtsverwirklichung erfassen kann, die Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache ist, begrenzt Art. 30 die Verwertung der Schutzrechte dort, wo sie nicht auf einem Zusammenwirken zwischen zwei eigenständigen Partnern beruht, also insbesondere in Konzernfällen.

Die hier vertretene Auffassung von der Gleichberechtigung der beiden Verbotsnormen[1] wird bestätigt durch die eindeutige Aussage des europäischen Gerichtshofs im Falle 'Deutsche Grammophon', wonach die Beurteilung einer Schutzrechtsausübung, die nicht die Tatbestandsmerkmale der Art. 85 oder 86 EWGV erfüllt, die w e i t e r e Prüfung erforderlich macht, ob nicht ein Verstoß gegen die Vorschriften über den freien Warenverkehr vorliegt.[2]

Die Analyse der Rechtsprechung des EuGH hat ergeben, daß die Verwirklichung einzelstaatlicher gewerblicher Schutzrechte nur soweit tolerabel ist, wie sie den grundlegenden Wertentscheidungen und Zielsetzungen des Gemeinschaftsrechts nicht zuwiderläuft. Bei der in jedem Einzelfall erforderlichen Güterabwägung stehen sich das Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs und das Prinzip der Freiheit des Warenverkehrs als gleichrangige Bewertungsmaßstäbe gegenüber. Auf der Grundlage dieses Ergebnisses

---

1) Wie hier auch Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 467.

kann nunmehr versucht werden, den im Gemeinsamen Markt und unter der Geltung des Gemeinschaftsrechts erzielbaren Umfang einzelstaatlichen gewerblichen Rechtsschutzes zu ermitteln.

§ 7: Der Schutzumfang der gewerblichen Sonderrechte im Gemeinsamen Markt

I: Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Leistungsschutzrechte

Die Bestimmung des Schutzumfangs der technischen Sonderrechte (Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, technisches Geheimnis) sowie des Urheberrechts und der verwandten Leistungsrechte im Gemeinsamen Markt geht aus von der Definition des spezifischen Gegenstandes des Patentrechts, wie sie der europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung 'Negram II' gegeben hat. Dort führt der EuGH aus, daß der Rechtsinhaber zum Ausgleich für seine schöpferische Erfindertätigkeit das ausschließliche Rechte erlange, das geschützte Erzeugnis herzustellen und in Verkehr zu bringen, mithin die Erfindung selber oder im Wege der Lizenzvergabe an Dritte

zu verwerten. Ferner erlange der Rechtsinhaber die Befugnis, sich gegen jegliche Zuwiderhandlung zur Wehr zu setzen.[1]

1. Eigenverwertung des Schutzrechts durch den Inhaber selbst

Betrachtet man zunächst den Bereich der Eigenverwertung, so ist festzustellen, daß der Gerichtshof als Benutzungsarten nur das Herstellen und das Inverkehrbringen aufführt. Daraus ist jedoch nicht der Schluß zu ziehen, daß etwa weitere Benutzungsformen[2] nach Auffassung des EuGH nicht vom Schutz des Patentrechts umfaßt sein sollen. Vielmehr zeigt der Wortlaut der Entscheidung deutlich, daß der Gerichtshof keine abschließende Aufzählung der dem Schutzrechtsinhaber zustehenden Befugnissen geben wollte[3]; im übrigen kennzeichnen die vom EuGH genannten Benutzungsformen des Herstellens und

---

1) EuGH v. 31. 10. 1974, RS 15/74, abgedruckt in GRUR Int. 1974, S. 454 ff. (454) - Negram II -.

2) Beispielsweise nennt § 6 PatG als weitere Benutzungsarten noch das Feilhalten und den Gebrauch des geschützten Gegenstandes oder Verfahrens. Zur Definition der einzelnen Benutzungsarten siehe Klauer-Möhring-Hesse, Anm. 92 ff. zu § 6 PatG.

3) Der Gerichtshof kennzeichnet den spezifischen Gegenstand "namentlich dahingehend, daß ...", aaO., GRUR Int. 1974, S. 454, re. Sp. Die gleiche Interpretation dieser auch in der warenzeichenrechtlichen Parallelentscheidung gleichlautenden Wendung bringt Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (295 und dort FN 43).

des Inverkehrbringens bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise[1] den vollständigen Weg der gewerblichen Verwertung des erfinderischen Gedankens von der Produktion des geschützten Gegenstandes bis zum Verbraucher. Jeder Einzelakt dieser Verwertung ist allein dem Schutzrechtsinhaber vorbehalten; auch der Gerichtshof hebt hervor, daß der Rechtsinhaber jegliche Zuwiderhandlung abwehren kann. Gerade diese Bestätigung eines allumfassenden Abwehrrechts stützt die hier vertretene[2] Interpretation der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung und insbesondere die These, daß jede Betätigung des Schutzrechts an den Verbotsnormen des EWG-Vertrages zu messen ist.

Für die Nutzungsart des Inverkehrbringens jedoch schränkt der EuGH die Abwehrbefugnisse des Rechtsinhabers ein, das heißt, auf der Handelsstufe werden die Abwehrrechte im Interesse der Freiheit des zwischenstaatlichen Handels begrenzt. So kann der Rechtsinhaber nach Ansicht des Gerichtshofs die Einfuhr von unter sein Schutzrecht fallenden Produkten nur dann unter-

---

1) Die rechtliche Selbständigkeit aller Benutzungsformen wird davon nicht berührt; siehe dazu Klauer-Möhring-Hesse, Anm. 105 zu § 6 PatG, wonach beispielsweise das Feilhalten wirtschaftlich als Vorstufe des Inverkehrbringens anzusehen ist, rechtlich jedoch davon zu trennen ist.

2) Siehe oben S. 106 f.

binden, wenn sie aus einem Mitgliedstaat stammen, in dem sie nicht patentfähig sind[1] und dort ohne Zustimmung des hiesigen Schutzberechtigten hergestellt wurden. Gleiches soll dann gelten, wenn es sich um zwei originär verschiedene Patente für die gleiche Erfindung handelt, deren Inhaber rechtlich und wirtschaftlich selbständig sind.[2]

In allen anderen Fällen der Einfuhr von Originalware jedoch soll die Abwägung zwischen den Interessen des Schutzrechtsinhabers und der Freiheit des innergemeinschaftlichen Handels zugunsten des letzteren ausfallen. So kann der Rechtsinhaber mit seiner Abwehrklage dann nicht durchdringen, wenn das Erzeugnis in dem Mitgliedstaat, aus dem es eingeführt wird, vom Rechtsinhaber selbst oder einem von ihm vollständig beherrschten Tochterunternehmen in Verkehr gebracht wurde. Somit endet die Rechtsmacht des Schutzrechtsinhabers auf der Handelsstufe mit dem ersten Inverkehrbringen. Jede darüber hinauswirkende, insbesondere jede regionale Vertriebskontrolle hat der EuGH dadurch unmöglich gemacht, daß er de facto die internationale Wirkung der Erschöpfung des Schutzrechts im Gebiet des Gemeinsamen Marktes zum 'geltenden Recht' gemacht hat, ohne

---

1) So die Arzneimittel in Italien; damit bestätigt der EuGH seine Entscheidung im Falle Parke-Davis', siehe oben S. 60 ff.

2) Fall der Doppelerfindung in zwei Staaten. Daß diese Konstellation praktisch kaum ins Gewicht fällt und nach Einführung eines Gemeinschaftspatents überhaupt ausgeschlossen sein wird, hebt zutreffend Goltz, Territorialität des Patentschutzes im Gemeinsamen Markt, WuW 1975, S. 751 (757) hervor.

daß eine Vorschrift des EWG-Vertrages oder des sekundären Gemeinschaftsrechts eine solche Rechtsfolge normiert.[1]

Im Falle der Eigenbenutzung des Schutzrechts durch den Inhaber selbst oder ein von ihm beherrschtes Unternehmen tritt die Erschöpfungswirkung ein, weil der Rechtsinhaber sein Recht 'ausgenutzt' hat und so die Möglichkeit hatte, den ihm zugedachten Ausgleich für seine schöpferische Tätigkeit zu kassieren.[2] Ist ein geschütztes Erzeugnis in einem Mitgliedstaat[3] unter der Geltung eines parallelen Schutzrechts[4] in den Verkehr gelangt, so ist es - jedenfalls was den Handel

---

1) So deutlich bereits Reimer, Erschöpfungsgrundsatz, GRUR Int. 1972, S. 221 ff. (232); auch Emmerich, DB 1972, S. 1325 ff. (1326) erblickt darin ein Verdienst des EuGH. Kritisch gegenüber diesem Ergebnis aber F. Müller/Wegener, Die EWG-weite Erschöpfung territorial lizenzierter Patentrechte, in: Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1975, S. 41 ff. (43).

2) Damit bestätigt der Gerichtshof, aaO., GRUR Int. 1974, S. 454 incidenter die Gültigkeit der Belohnungsfunktion des Patentrechts. Dies entgegen Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 62, der behauptet, der EuGH habe in der Entscheidung 'Deutsche Grammophon' die Belohnungstheorie abgelehnt. Dagegen auch Goltz, aaO., WuW 1975, S. 751 ff. (756).

3) Das Prinzip der Freiheit des Warenverkehrs gilt nur für den innergemeinschaftlichen Handel: v.d.Groeben-v.Boeckh-Ehlermann, Vorbem. II, 5 zu Art. 30 EWGV. Zu dem Problem, wie der Import von geschützten Erzeugnissen aus einem Drittstaat in die Gemeinschaft zu behandeln ist, siehe Johannes, Anmerkung zum 'Kaffee-Hag'-Urteil des EuGH, GRUR Int. 1975, S. 111 ff. (117).

4) Daß es für den Begriff der 'parallelen Schutzrechte' allein auf die Identität der zugrunde-

betrifft - gemeinfrei geworden und kann über alle Grenzen innerhalb des Gemeinsamen Marktes hinweg frei zirkulieren. Der Rechtsinhaber kann gegen Paralleleinfuhren durch Dritte keinerlei schutzrechtliche Abwehrbefugnisse geltend machen; insoweit ist er mit Rücksicht auf den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Freiheit des Warenverkehrs schutzlos gestellt.[1]

2. Fremdverwertung des Schutzrechts

In seiner Kennzeichnung des spezifischen Gegenstandes des Patentrechts in der Entscheidung 'Negram II'[2] führt der EuGH ausdrücklich auch die Befugnis des Patentinhabers auf, sein Schutzrecht durch Lizenzvergabe an Dritte zu verwerten. Es unterliegt indessen keinem Zweifel, daß auch der Fremdverwertung aller gewerblichen Schutzrechte durch die Prinzipien der Freiheit des Warenverkehrs und der Freiheit des Wettbewerbs gemeinschaftsrechtliche Grenzen gesetzt sind. So vereitelt die vom EuGH faktisch durchgesetzte EWG-weite Wirkung der Erschöpfung jegliche Kontrolle des Vertriebs geschützter Erzeugnisse auch in den Fällen, in denen das

---

Fortsetzung der FN 4) v. S. 131:

liegenden geschützten Leistung ankommt, dagegen die Unterschiede der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften außer Betracht bleiben, betont der EuGH im Urteil v. 31. 10. 1974, RS 15/74, GRUR Int. 1974, S. 455 - Negram II -. Ebenso der Generalanwalt in den Schlußanträgen zu diesem Verfahren, GRUR Int. 1974, S. 458.

1) So auch Jaume, Lizenzverträge und Wettbewerbsregeln, WuW 1972, S. 775 ff. (795); Alexander, Gewerbliche Schutzrechte und die Errichtung des Europäischen Gemeinsamen Marktes, GRUR Int.

Inverkehrbringen in einem anderen Mitgliedstaat durch den dortigen Lizenznehmer des Schutzrechtsinhabers erfolgte. In diesen Fällen erblickt der EuGH das konsumtionsauslösende Moment in der Zustimmung des Lizenzgebers zu der lizenzierten Benutzungshandlung durch den Lizenznehmer. Die entsprechende Formulierung des EuGH,daß in diesem Falle die geschützten Gegenstände "rechtmäßig mit Zustimmung"[1] des Rechtsinhabers auf den Markt gelangt sind, wirft jedoch die Frage nach der Reichweite dieser Zustimmung auf. Insbesondere erscheint problematisch, ob der Schutzrechtsinhaber seine Zustimmung auch auf einzelne Gebiete beschränkt erteilen kann und - gegebenenfalls - welche Folgen eine Überschreitung dieser Zustimmung haben soll. Wie wäre beispielsweise in dem Fall zu entscheiden, in dem der Lizenznehmer entgegen einer entsprechenden Abrede im Lizenzvertrag den geschützten Gegenstand außerhalb des ihm zugewiesenen Gebietes, etwa im Gebiet des Nachbarlizenznehmers oder des Lizenzgebers selbst direkt[2] auf den Markt bringt? Ein solches Inverkehrbringen ist von der Zustimmung des Lizenzgebers nicht gedeckt,

---

Fortsetzung der FN v. S. 132:

1972, S. 272 ff. (281); Ullrich, Patentrechtsschutz ..., GRUR Int. 1973, S. 53 ff. (60); ders.: Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (307).

2) Urteil v. 31. 10. 1974, GRUR Int. 1974, S. 454.

1) EuGH, aaO., GRUR Int. 1974, S. 454.

2) Hier sind also nicht die Fälle von Parallelimporten durch Dritte zu behandeln, wie sie der EuGH im Falle 'Deutsche Grammophon'zu beurteilen hatte; siehe dazu Jaume, Lizenzverträge

läuft ihr sogar bewußt zuwider, so daß zunächst der Schluß naheliegen könnte, daß das Produkt in diesem Falle nicht rechtmäßig in Verkehr gelangt ist und damit das Ausschließlichkeitsrecht des Schutzrechtsinhabers nicht verbraucht ist.

Allerdings ist zu beachten, daß diese Betrachtungsweise im Ergebnis wiederum zu einer Umgehung des Verbots mengenmäßiger Beschränkung oder Maßnahmen gleicher Wirkung führen würde. Denn würde man dem Schutzrechtsinhaber oder einem Lizenznehmer die schutzrechtliche Verbietungsklage zubilligen gegenüber Direktlieferungen eines anderen Lizenznehmers, die dieser unter Mißachtung der räumlichen Beschränkung seiner Lizenz vornimmt, so würden damit an die Stelle der nationalen Grenzen private Schranken gesetzt werden können und die entstehende Einheit des Gemeinsamen Marktes zerstört.[1] Das bedeutet, daß der Schutzrechtsinhaber, der parallele Rechte lizenziert, damit die Möglichkeit

---

Fortsetzung der FN 2) v. S. 133:

und Wettbewerbsregeln, WuW 1972, S. 775 ff. (795). Es geht vielmehr um die Durchbrechung von Quer- und Rücklieferungsverboten durch den Lizenznehmer selbst, eine Konstellation, die der EuGH soweit ersichtlich bisher noch nicht zu behandeln hatte.

1) Daß diese privaten Schranken praktisch unüberwindbar und damit wirksamer als Zölle wären, hatte die Beklagte (Novimpex) im 'Sirena'-Verfahren überzeugend dargelegt, Rspr. EuGH XVII, S. 69 ff. (83). Diese Wirkung beschreibt auch Kronstein, Das Recht der internationalen Kartelle, S. 201 ff., 427.

verliert, durch spezifisch schutzrechtliche Maßnahmen auf den Handel mit dem geschützten Produkt Einfluß zu nehmen, nachdem das Erzeugnis in Verkehr gelangt ist.[1]

Dagegen berührt das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen nicht die Möglichkeit des Schutzrechtsinhabers, seine Zustimmung zur Benutzung des Rechts nach Sachgebieten aufzuteilen, etwa die getrennte Lizenzierung von Herstellung und Verkauf des geschützten Erzeugnisses an jeweils verschiedene Lizenznehmer. Überschreitet ein solcherart gebundener Lizenznehmer seine Befugnisse, geht beispielsweise ein Herstellungslizenznehmer dazu über, die von ihm hergestellten geschützten Produkte auch zu vertreiben, so stehen dagegen dem Lizenzgeber, aber auch dem Vertriebslizenznehmer die schutzrechtlichen Abwehr- und Schadensersatzmöglichkeiten zu.[2]

Nicht nur der Grundsatz des freien Warenverkehrs, auch das Kartellverbot des EWG-Vertrages steht einer territorial beschränkten Lizenzierung technischer Schutzrechte entgegen. Der kartellrechtliche Prüfungsmaßstab der Art. 85, 86 EWGV ist auf die Fremdverwertung der Schutzrechte anwendbar, da der Lizenzvertrag als eine Vereinbarung im Sinne des Art. 85 Abs. I EWGV an-

---

1) So auch Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 82; ferner F. Müller/Wegener, Die EWG-weite Erschöpfung..., in: Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1975, S. 41 ff. (43) und Ullrich, Patentrechtsschutz ..., in: GRUR Int. 1973, S. 53 ff. (58).

2) Im Ergebnis ebenso Ullrich, aaO., GRUR Int. 1973, S. 53 ff. (59, 60).

zusehen ist. Das Exportverbot, das zur Sicherung einer absoluten Gebietslizenz vereinbart wird, bewirkt eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Lizenznehmern; darüber hinaus werden auch die Entscheidungsmöglichkeiten der Verbraucher gemindert, denn sie können das Produkt nicht dort kaufen, wo sie wollen.[1]

Wie das Exportverbot, so unterfallen auch andere im Lizenzvertrag vereinbarte Klauseln, die der Absicherung einer Gebietsbeschränkung dienen sollen, dem Kartellverbot des Art. 85 Abs. I EWGV und können nur unter den Voraussetzungen des Abs III dieser Vorschrift freigestellt werden.[2] So könnte beispielsweise vereinbart werden, daß der Lizenznehmer für den Fall einer Mißachtung der Gebietsbeschränkung eine Vertragsstrafe zu zahlen hat oder sich in diesem Fall die Lizenzgebühr erhöht. Beide Abreden stellen jedoch eine Wettbewerbsbeschränkung dar. Zunächst ist festzustellen, daß die Androhung finanzieller Einbußen das Marktverhalten des

---

1) Das betont Ullrich, aaO., GRUR Int. 1973, S. 60; ebenso Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 82. Anders dagegen Jaume, Lizenzvertrag und Wettbewerbsregeln, WuW 1972, S. 775 ff. (795), der das im Lizenzvertrag vereinbarte Exportverbot für kartellrechtlich unbedenklich hält, weil dadurch keine wesentliche zusätzliche Wettbewerbsbeschränkung bewirkt werde. Siehe dagegen jedoch die Entscheidung der Kommission v. 2. 12. 1975, ABl. EG Nr. L 6, S. 8 ff. (12) - AOIP-Beyrard -. Dort ist sogar ein bedingtes Exportverbot eindeutig als Wettbewerbeschränkung gekennzeichnet.

2) Daß eine derartige Freistellung nur schwerlich möglich sein wird, betont Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 82 (dort FN 201). Die Kommission hat sie in ihrer Entscheidung v. 2. 12. 1975, ABl. EG Nr. L 6, S. 8 ff. (14) - AOIP-Beyrard - versagt.

Lizenznehmers negativ beeinflußt und im Ergebnis die gleiche Wirkung wie ein absolutes Exportverbot zeitigen muß, da bei einer entsprechenden Bindung aller Lizenznehmer ein grenzüberschreitender Handel verhindert wird. Das gilt auch für die Erhöhung der Lizenzgebühr im Falle der Gebietsüberschreitung; hier ist die Lizenzgebühr nicht länger das Leistungsäquivalent für die eingeräumte Benutzungsbefugnis, sondern gewinnt - ähnlich wie die Vertragsstrafe - den Charakter eines Druckmittels.[1]

Nach alledem ist festzustellen, daß aufgrund der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs die Möglichkeit der gebietsweisen Lizenzierung nicht völlig ausgeschaltet ist[2], vielmehr sogar die Gebietslizenz in ihren für das gewerbliche Schutzrecht wesentlichen Funktionen erhalten bleibt.[3] Wo jedoch die Gebietsaufteilung durch Vereinbarung strikter Exportverbote zu einer Abschottung der einzelnen Märkte führt, liegt sowohl ein Verstoß gegen das Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen oder Maßnahmen gleicher

---

1) Davon zu trennen ist die Frage, wie die Lizenzgebühr überhaupt wettbewerbsrechtlich zu beurteilen ist. Ansätze dazu, sie als Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, weil sie mittelbar die Preisstellung für den geschützten Gegenstand und damit die Wettbewerbsposition des Lizenznehmers beeinflußt, finden sich in der Kommissionsentscheidung v. 2. 12. 1975, ABl. EG Nr. L 6, S. 8 ff. (13) - AOIP-Beyrard -.

2) Dies entgegen F. Müller/Wegener, aaO., Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1975, S. 41 ff. (42 f.).

3) So deutlich Ullrich, Patentrechtsschutz..., GRUR Int. 1973, S. 53 ff. (59).

Wirkung vor, Art. 30 EWGV, als auch eine nach Art. 85 Abs. I EWGV verbotene Wettbewerbsbeschränkung. Andere Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen wie Exportverbote zeigen (beispielsweise Vertragsstrafen), unterfallen ebenfalls dem Kartellverbot des Art. 85 Abs. I EWGV und werden ihrer absoluten Wirkung wegen kaum die Möglichkeit einer Freistellung gemäß Abs. III der Vorschrift zulassen. Besinnt man sich jedoch darauf, daß die absolute Gebietslizenz gewerblicher Schutzrechte nichts anderes ist als eine pauschale Absicherung eines absoluten Alleinvertriebsrechts[1], so ist vielleicht den zu diesen Vertriebsformen ergangenen Kommissionsverordnungen ein Lösungsansatz für die Beurteilung der schutzrechtlichen Gebietslizenz zu entnehmen. So könnte eine Gebietslizenz in Analogie zu Art. 2 Abs. I lit. b der VO 67/67[2] nach Art. 85 Abs. III EWGV freigestellt werden, wenn sie den Lizenznehmer lediglich verpflichtet, außerhalb seines Vertragsgebietes keine Kunden zu werben, also keine aktive Verkaufspolitik zu betreiben.[3] Jedoch muß dem Lizenznehmer die Möglichkeit verbleiben, auf Kaufangebote aus jedem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft einzu-

---

1) So auch Ullrich, aaO., GRUR Int. 1973, S. 59.

2) Verordnung Nr. 67/67 (Kommission) v. 22. 3. 1967 über die Anwendung von Art. 85 Abs. III EWGV auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen, ABl. EG Nr. 57 v. 23. 3. 1967, S. 849 ff.

3) Diesen Lösungsvorschlag bringt Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 82 (FN 201).

gehen. Auf diese Art und Weise würde die Gebietslizenz nicht einen absoluten, sondern nur relativen Schutz vor direkten Quer- und Rücklieferungen gewähren; die Gefahr einer totalen Abschottung der Marktgebiete wäre ausgeschlossen.[1]

Im Bereich der Fremdverwertung eines technischen Schutzrechts ist ferner zu untersuchen, ob die vollständige Übertragung, der Verkauf des Schutzrechts mit den Zielvorstellungen und Wertentscheidungen des Gemeinschaftsrechts in Einklang steht. Zwar hat der europäische Gerichtshof diese Verwertungsmöglichkeit bei der Kennzeichnung des spezifischen Gegenstandes des Patentrechts in der Entscheidung 'Negram II' nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch ergibt sich aus der Tatsache, daß die teilweise Übertragung zulässig ist, a fortiori der Schluß, daß der Schutzrechtsinhaber sein kommerzielles Eigentum auch durch Vollübertragung auf einen Dritten verwerten kann.

Problematisch erscheinen die Fälle, in denen für eine technische Leistung in verschiedenen Staaten der Gemeinschaft parallele Schutzrechte gewährt sind. Überträgt der Inhaber diese Schutzrechte allesamt auf einen Rechtsnachfolger, so bleibt dieser Vorgang, der sich in der bloßen

---

1) Eine weitere 'relative' Schutzmöglichkeit sieht Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 81 f., in einer Preisfestsetzung für die geschützten Produkte durch den Schutzrechtsinhaber. Auch diese Wettbewerbsbeschränkung (Art. 85 Abs. I lit. a EWGV) wäre nur unter den Voraussetzungen des Art. 85 Abs. III EWGV ausnahmsweise freistellungsfähig.

Neuzuordnung dieser Rechte zu einem anderen Inhaber erschöpft, ohne Einfluß auf die Freiheit des Warenverkehrs oder die Freiheit des Wettbewerbs. Gelangen jedoch die einzelnen Schutzrechte in verschiedenen Ländern in verschiedene Hände, so könnte sich daraus die Möglichkeit einer Aufspaltung des Gemeinsamen Marktes ergeben. Hier erhebt sich die Frage, ob die einzelnen Schutzrechtsinhaber mit den schutzrechtlichen Abwehrmaßnahmen Importe geschützter Erzeugnisse unterbinden können, die von anderen Erwerbern des Schutzrechts oder von dem ursprünglich allein berechtigten Schutzrechtsinhaber stammen, oder ob die Grundsätze des Gemeinsamen Marktes in den Fällen derivativen Erwerbs eine solche Möglichkeit ausschliessen.

Zur Beantwortung dieser Frage ist - ebenso wie bei der gemeinschaftsrechtlichen Beurteilung paralleler Lizenzen - zu unterscheiden zwischen Direktimporten einerseits und parallelen Importen durch Dritte andererseits. Im zweiten Falle ist der geschützte Gegenstand in einem Mitgliedstaat von einem dortigen Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung von einem dortigen Lizenznehmer rechtmäßig in Verkehr gebracht worden. Kaufen Dritte die solcherart in Verkehr gelangte Ware auf und importieren sie in einen anderen Mitgliedstaat, so kann der dort ansässige Erwerber des Schutzrechts oder der ursprüngliche Inhaber diese Importe nicht mit der schutz-

rechtlichen Abwehrklage verhindern. Einer solchen Möglichkeit steht der tragende Grundsatz der Freiheit des Warenverkehrs entgegen, der die freie Zirkulation einmal in Verkehr gelangter Erzeugnisse sicherstellen soll. Eine auf Art. 36 Satz 1 EWGV zu stützende Ausnahme von diesem Grundsatz kann in jenem Falle nicht zugelassen werden, da es sich nicht um originär verschiedene[1] Schutzrechte handelt, sondern vielmehr um ein ursprünglich in einer Hand befindliches Bündel von Schutzrechten für eine einzige identische technische oder kulturelle Leistung. Gerade dieser Gesichtspunkt der Identität der zugrundeliegenden Leistung rechtfertigt eine Modifizierung des gewerblichen Schutzrechts dahingehend, daß es im Falle derivativen Erwerbs nicht mehr die Möglichkeit gewährt, identische Waren abzuwehren, die in einem anderen Mitgliedstaat unter der Geltung eines parallelen Schutzrechts rechtmäßig in Verkehr gelangt sind.[2] Es unterliegt keinem Zweifel, daß diese Modifizierung eine Minderung des wirtschaftlichen Wertes des technischen Schutz-

---

1) Die originäre Unterschiedlichkeit der Schutzrechte ist nach Auffassung des EuGH Voraussetzung für eine Ausnahme vom Verbot mengenmäßiger Beschränkungen des Art. 30 EWGV; siehe Urteil v. 31. 10. 1974, GRUR Int. 1974, S. 454 - Negram II -.

2) Im Ergebnis ebenso Johannes, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 67; auch Schatz, Die Erschöpfung des Patentrechts, GRUR Int. 1970, S. 207 ff. (215) stellt in seiner Kritik des Art. 99 Abs. III des Vorentwurfs über ein europ. Patent für den Gemeinsamen Markt (1970) auf das Merkmal der Identität des Erfindungsgegenstandes ab. Das gleiche Argument klingt auch in der Entscheidung des EuGH im Falle 'Negram II' an, siehe GRUR Int. 1974, S. 455 li. Sp. oben.

rechts darstellt[1]; jedoch erscheint diese Einschränkung der vom derivativ erworbenen Schutzrecht gewährten Ausschließlichkeitsstellung mit Rücksicht auf das Integrationsziel des freien Warenverkehrs in einem Gemeinsamen Markt gerechtfertigt. Das Integrationsziel des freien und unverfälschten Wettbewerbs vermag diese Modifizierung des Schutzrechts beim abgeleiteten Erwerb dagegen nicht zu rechtfertigen, da der Übertragungsvertrag - sofern er nicht besondere wettbewerbsbeschränkende Abreden enthält - kartellrechtlich neutral ist.[2]

Es erscheint allerdings fraglich, ob diese Einschränkung, die das Schutzrecht im Falle der Übertragung erfährt, so weit reichen kann, daß der Erwerber auch Direktimporte eines anderen Inhabers in das Geltungsgebiet seines Schutzrechts nicht abwehren kann. Hier ist meines Erachtens entscheidend darauf abzustellen, daß das übertragene Recht seinen Charakter als ausschließliches, dingliches Recht vollständig einbüßen würde, wenn es dem Erwerber nicht mehr die Möglichkeit eröffnet, das unmittelbare Inverkehrbringen des geschützten Gegenstandes im Geltungsbereich seines eigenen Schutzrechts zu verhindern. Eine derart weitreichende Modifizierung würde im Ergebnis dazu führen, daß der Erwerber - obwohl ihm das 'Voll-

---

1) Das räumt auch Johannes, aaO., S. 66 ein.

2) Siehe dazu außer der Kritik am 'Sirena'-Urteil des EuGH, oben S. 69 ff. (71) noch Waelbroeck, Gewerbliche Schutzrechte und EWG-Vertrag, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, 1973, S. 153 ff. (162).

recht' übertragen wird - lediglich die Stellung eines einfachen Lizenznehmers erlangen würde. Mit dieser Reduzierung des Schutzrechts auf ein 'papiernes Recht' ginge eine fast vollständige wirtschaftliche Entwertung einher. Für den Erwerber liegt diese Entwertung in der Tatsache, daß er unter Umständen im eigenen Wirtschaftsgebiet der hemmungslosen Konkurrenz eines anderen Schutzrechtserwerbers ausgesetzt ist; ein Ausschluß der Verbietungsrechte würde diesen sogar befugen, in dem für ihn fremden Geltungsbereich eines Schutzrechts eine Lizenz für denselben Erfindungsgegenstand zu erteilen. Diese Tatsache mindert andererseits entscheidend den Wert der parallelen Schutzrechte in der Hand des ursprünglichen Inhabers: ein Schutzrecht, welches nach der Übertragung keinerlei Ausschließlichkeitsbefugnisse[1] mehr gewährt, wird - sofern es überhaupt verkäuflich ist - nur einen geringen Preis erzielen.[2] Das bedeutet, daß der ursprüngliche Schutzrechtsinhaber mit dem Verkauf seiner parallelen Rechte nicht mehr die Möglichkeit hätte, einen angemessenen Preis als Belohnung für seine schöpferische Leistung zu erlangen; die Rechtsposition des gewerblichen und kommerziellen Eigentums wäre ausgehöhlt.

---

1) Selbstverständlich würde sich der Verlust der Ausschließlichkeit nicht auf die Benutzungsart des Inverkehrbringens beschränken, sondern alle Nutzungsarten gleichermaßen erfassen.

2) Mit diesem Argument wendet sich auch Johannes, Gewerbliche Schutzrechte, S. 66 f., gegen eine derart weitreichende Modifizierung der Schutzrechte.

Nach alledem ergibt die Abwägung zwischen den Interessen des Schutzrechtsinhabers und dem Grundsatz des freien Warenverkehrs, daß der Erwerber eines technischen Schutzrechts Benutzungshandlungen nur dann verhindern kann, wenn diese im Geltungsbereich seines Schutzrechts unmittelbar von einem anderen Erwerber oder dem ursprünglichen Inhaber[1] vorgenommen werden; dagegen muß er Importe des geschützten Gegenstandes dann hinnehmen, wenn diese in einem anderen Geltungsbereich des (für die identische Leistung gewährten) Schutzrechts rechtmäßig in Verkehr gelangt sind.

II: Schutzumfang des Warenzeichenrechts im Gemeinsamen Markt

Auch das Warenzeichenrecht ist als Position des gewerblichen und kommerziellen Eigentums von der Rechtsordnung der Gemeinschaft grundsätzlich anerkannt. Jedoch sind auch diesem gewerblichen Sonderrecht im Interesse der Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes Grenzen gesetzt, deren Verlauf sich aus der Definition des spezifischen Gegenstandes des Warenzeichenrechts ergibt, wie

---

1) Ein ähnlicher Sachverhalt (Benutzungshandlung im Bereich des Erwerbers durch eine EWG-Tochtergesellschaft des außereuropäischen ursprünglichen Zeicheninhabers) liegt zur Zeit dem EuGH zur Vorabentscheidung vor; siehe Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (299, FN 80 und 81).

sie der europäische Gerichtshof in der Entscheidung 'Negram III' gegeben hat. Dort hat der EuGH ausgeführt, daß der Zeicheninhaber durch das ausschließliche Recht, ein mit dem Zeichen versehenes Erzeugnis in Verkehr zu bringen, Schutz gewährt werden soll vor Konkurrenten, die unter Mißbrauch der aufgrund des Warenzeichens erworbenen Stellung und Kreditwürdigkeit widerrechtlich mit diesem Zeichen versehene Erzeugnisse veräußern.[1]

Aus dieser Definition folgt zunächst für den Bereich der Eigenverwertung durch den Schutzrechtsinhaber selbst, daß auch die Ausschließlichkeitsbefugnis des Warenzeichenrechts nur bis zum ersten Inverkehrbringen der gekennzeichneten Ware reicht. Hat der Schutzrechtsinhaber oder ein von ihm beherrschtes Unternehmen das Erzeugnis in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebracht, so kann er die Einfuhr dieser Ware in einen anderen Mitgliedstaat nicht unter Berufung auf ein dort bestehendes Parallelrecht verhindern. Das erste rechtmäßige Inverkehrbringen hat zur Erschöpfung aller Parallelrechte im Gemeinsamen Markt geführt; jede Absatzkontrolle der gekennzeichneten Ware ist mit Rück-

---

1) EuGH v. 31. 10. 1974, RS 16/74, GRUR Int. 1974, S. 456 ff. (456) - Negram III -. Kritisch zu der vom EuGH gewählten Formulierung des spezifischen Gegenstandes Kraft, Stellung des EuGH zum Warenzeichen im Lichte des Hag-Urteils, GRUR Int. 1975, S. 283 ff. (288).

sicht auf den Grundsatz des freien Warenverkehrs ausgeschlossen.[1] Demgegenüber erlangt der Grundsatz des freien und unverfälschten Wettbewerbs in den Fällen der Eigenverwertung keine Bedeutung.[2]

Verwertet der Zeicheninhaber sein Schutzrecht im Wege der Lizenzvergabe, so ist zunächst festzustellen, daß auch eine Warenzeichenlizenz nicht unter strikter Bindung an ein bestimmtes (nationales) Gebiet vergeben werden kann und eine derartige territoriale Bindung auch nicht durch Quer- und Rücklieferungsverbote gesichert werden kann. Eine derartige Lizenz wäre weder mit dem Grundsatz des freien und unverfälschten Wettbewerbs noch mit dem Prinzip des freien Warenaustausches vereinbar. Demgemäß bietet auch die Lizenzierung eines Warenzeichenrechts dem Schutzrechtsinhaber keine Möglichkeit, den Vertrieb der gekennzeichneten Ware im Gemeinsamen Markt zu kontrollieren. Weder er selbst noch ein Lizenznehmer kann Erzeugnisse von seinem Wirtschaftsgebiet fernhalten, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gelangt sind.

---

1) Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (307); v.d.Groeben-v.Boeckh-Thiesing, Anm. 139 zu Art. 85 EWGV; Schroeter, Zur Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der gewerblichen Schutzrechte, WRP 1971, S. 356 ff. (363); Schwab, Der freie Verkehr von Markenwaren, ... GRUR Int. 1975, S. 73 ff. (76).

2) EuGH, aaO., GRUR Int. 1974, S. 454 (Urteilsgründe gleichlautend wie in der patentrechtlichen Entscheidung 'Negram II'); v.d.Groeben-v.Boeckh-Thiesing, Anm. 138 zu Art. 85 EWGV.

Wie der europäische Gerichtshof betont, tritt in den Fällen, in denen der Rechtsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung ein Dritter die Benutzungshandlung vornimmt, die Erschöpfung des Schutzrechts deswegen ein,weil danach von einer Verletzung oder einem Mißbrauch des Zeichens keine Rede sein kann.[1]

Hierzu ist zunächst anzumerken, daß ebenso wie bei den technischen Schutzrechten auch im Warenzeichenrecht die Zustimmung des Rechtsinhabers als konumtionsauslösendes Moment angesehen wird und daß diese Zustimmung hier wie dort nicht territorial aufspaltbar ist. Jedoch ist aus der soeben zitierten Formulierung des EuGH der wichtige Schluß zu ziehen, daß der Schutzrechtsinhaber und auch der Lizenznehmer das Recht behalten, gegen Benutzungshandlungen mit zeichenrechtlichen Mitteln vorzugehen, die von einem Dritten vorgenommen werden, dem keinerlei Rechtstitel zur Benutzung des Schutzrechts zusteht.[2] Wird ein zunächst rechtmäßig in einem Mitgliedstaat in Verkehr gelangtes gekennzeichnetes Erzeugnis von einem Dritten verändert und dennoch unter dem geschützten Zeichen in einen anderen Mitgliedstaat eingeführt, so kann

---

1) EuGH, aaO., GRUR Int. 1974, S. 456.

2) Diese Formulierung hatte der EuGH in der Entscheidung v. 31. 7. 1974, RS 192/73, Rspr. EuGH XX, S. 731 ff. (744) gewählt. Gegen diese Formulierung Kraft, aaO., GRUR Int. 1975, S. 283 ff. (288).

der dort ansässige Lizenznehmer oder gegebenenfalls der Schutzrechtsinhaber selbst diese Importe nach wie vor mit der zeichenrechtlichen Abwehrklage unterbinden.[1] Gleiches muß selbstverständlich gelten, wenn der Dritte eigene Waren mit einem fremden Zeichen versieht. In beiden Fällen sind die Erzeugnisse rechtswidrig mit dem Zeichen versehen; vor ihrer Verbreitung und der damit verbundenen widerrechtlichen Ausnutzung der Bedeutung und des Rufs der Marke[2] sind der Schutzrechtsinhaber und seine Lizenznehmer auch unter der Geltung des Gemeinschaftsrechts und seiner Anwendung durch den Gerichtshof geschützt.

Einer besonderen Untersuchung bedürfen auch im Warenzeichenrecht die Fälle der Vollübertragung paralleler Schutzrechte in verschiedenen Mitgliedstaaten auf verschiedene Erwerber. Allerdings läßt sich auch für diese Fälle angesichts der Strenge, mit der der EuGH die Freiheit des Warenverkehrs als grundlegendes Prinzip und wesentliches Ziel des Gemeinsamen Marktes durchsetzt, ein Ergebnis bereits festhalten: auch die gebietsweise Vollübertragung des Warenzeichenrechts vermag die freie Zirku-

---

1) So auch Schwab, aaO., GRUR Int. 1975, S. 73 ff. (76) und ebenso Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (301).

2) Dieses Ergebnis stützt sich auf die treffende Übersetzung der Urteilsbegründung des EuGH im Falle 'Negram III', die Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 291 ff. (295 und dort FN 44) gibt; siehe dazu oben S. 96 und dort FN 2).

lation rechtmäßig gekennzeichneter und in Verkehr gesetzter Waren innerhalb der Gemeinschaft nicht zu beeinträchtigen; Parallelimporte Dritter sind in jedes Gebiet des Gemeinsamen Marktes zulässig. Fraglich ist aber auch hier, ob den Erwerbern zeichenrechtliche Abwehrmöglichkeiten gegenüber Direktlieferungen anderer Erwerber oder des ursprünglichen Zeicheninhabers zustehen. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht lautet das Problem: rechtfertigt der Vollerwerb eines Warenzeichens aus einem Bündel gleichlautender Rechte eine Ausnahme vom Grundsatz des freien Warenverkehrs für die Fälle, in denen der Erwerber im Geltungsbereich seines Zeichens direkte Benutzungshandlungen eines anderen Zeichenerwerbers unterbinden will.

Der europäische Gerichtshof hat die Möglichkeit einer solchen Ausnahme im Falle 'Hag' abgelehnt.[1]

Zur Begründung hat er - meines Erachtens zu Recht[2] - auf die Tatsache abgestellt, daß ein Markt, der für das betreffende Zeichen wirtschaftlich und rechtlich[3] ein einheitlicher war,

---

1) EuGH v. 31. 7. 1974, RS 192/73, Rspr. EuGH XX, Seite 731 ff. (745); siehe oben S. 91 f.

2) Anders aber wohl Kraft, aaO., GRUR Int. 1975, S. 283 ff. (291) mit weiteren Nachweisen der kritischen Literaturstimmen zu diesem Urteil.

3) Jedenfalls infolge der EWG-weiten Wirkung der Erschöpfungslehre; wie hier auch Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 301.

nur durch die Tatsache einer auf verschiedene Personen verteilten Rechtsnachfolge nicht wieder aufgesplittert werden darf. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Rechtsnachfolge auf eine staatliche Maßnahme zurückgeht - wie im Falle Hag[1] - oder auf einem Rechtsgeschäft und damit dem einverständlichen Handeln der Beteiligten beruht.[2] Entscheidend ist die Tatsache, daß die einzelnen übertragenen Zeichenrechte ursprungsgleich sind, d. h. sie stammen aus einem und demselben Zeichenbündel. Hatte der ursprüngliche Inhaber dieses Zeichenbündels für die darunter geschützten Erzeugnisse ein Verbreitungsgebiet erwirtschaftet, das mehrere Staatsgebiete in Europa umfaßte, so kann dieser Einzugs- und Geltungsbereich durch die Rechtsnachfolge an einzelnen Schutzrechten nicht entgegen der ausdrücklichen Zielsetzung des EWG-Vertrages aufgespalten werden.[3]

---

1) Als solche ist die Enteignung des Warenzeichens 'Hag' durch die belgischen Behörden nach dem Krieg anzusehen. Eine andere in diesem Zusammenhang bedeutsame Maßnahme der öffentlichen Gewalt wäre das Konkursverfahren. Darauf verweist Johannes, Anmerkung zum Hag-Urteil in GRUR Int. 1975, S. 111 ff. (112); zustimmend Martino, MA 1975, S. 356 ff. (358).

2) So im Falle Sirena, oben S. 52 ff. Siehe dazu auch Heiseke, Warenzeichenrecht und EWG-Recht, WRP 1974, S. 589 ff. (592), der darauf hinweist, daß der EuGH den Sirena-Fall und auch die Sache Grundig-Consten heute wohl mit der Begründung des Hag-Falles entscheiden könnte.

3) Wie hier auch Ullrich, aaO., GRUR Int. 1975, S. 301. Ähnlich auch Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 463, der von einer Identi-

Die Grundsätze des Gemeinsamen Marktes führen somit im Warenzeichenrecht zu einer wesentlich weitergehenden Modifizierung der Ausschließlichkeitsbefugnisse als im Bereich der technischen Schutzrechte. Während jedoch bei den Leistungsschutzrechten die Wahrung ihrer Belohnungsfunktion wenigstens den Schutz des Rechtsinhabers vor direkten Benutzungshandlungen anderer Schutzrechtserwerber notwendig machte, vermag dieser Gesichtspunkt im Warenzeichenrecht eine Ausnahme vom Grundsatz des freien Warenverkehrs nicht zu rechtfertigen. Das folgt zunächst aus der Tatsache, daß dem Warenzeichenrecht eine Belohnungsfunktion fremd ist. Bei den Leistungsschutzrechten bewirkt der Einsatz der geschützten Erfindung unmittelbar den Ausgleich für die Aufwendungen des Erfinders. Beim Warenzeichenrecht dagegen fließt dem Markeninhaber der Ertrag seiner Anstrengungen am Markt über das gekennzeichnete Produkt und dessen Eigenschaften zu, mit anderen Worten: das Zeichen gibt an, wem ein Ertrag zusteht, nicht auch - wie das Patentrecht - warum er ihm zustehen soll.[1] Durch die Versagung des Schutzes

---

Fortsetzung der FN 3) v. S. 150:

tät von Konsumtionsbereich und tatsächlichem Verbreitungsgebiet" spricht. Der gleiche Gedanke findet sich bereits bei Deutsch, Die Warenzeichenlizenz im Kollisionsrecht, in: Die Warenzeichenlizenz, Festschrift für E. Ulmer, 1963, S. 463 ff. (478).

1) Zu den Funktionen des Warenzeichens allgemein siehe Baumbach-Hefermehl, Einl. Anm. 7-12 u. 13-16; Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, S. 237 f. Eine ähnliche Abgrenzung zwischen Patent und Warenzeichen

der verschiedenen Erwerber von ursprungsgleichen Marken mag wohl der Übertragungswert des Einzelzeichens sinken. Damit wird aber nicht - wie im Patentrecht - die Rechtsposition des gewerblichen Eigentums völlig entwertet. Der kaufmännische Wert liegt hier in der Ware; die Marke fördert nur deren Markteintritt und ihre Verbreitung.[1]

Wie bereits bei der Analyse der 'Hag'-Entscheidung des EuGH[2] angedeutet wurde, führt die Rechtsprechung des EuGH im Ergebnis dazu, daß im Falle derivativen Zeichenerwerbs eine Marke für gleiche oder gleichartige Waren verschiedenen Inhabern gehören kann.

Gegenüber dieser Konsequenz ist der Vorwurf erhoben worden, die nationalen Zeichenrechte würden ausgehöhlt[3] und einer Irreführung der Verbraucher Vorschub geleistet.[4] Darauf ist jedoch zu entgegnen, daß ein gewisser Verlust der Kennzeichnungskraft bereits mit der Aufteilung des Zeichenbündels auf eine Mehrzahl von Erwer-

---

Fortsetzung der FN 1) v. S. 151:

bringt bereits Krieger, Die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen ..., in: Die Warenzeichenlizenz, Festschrift für E. Ulmer, 1963, S. 3 ff. (7). Wie hier auch Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int. 1975, S. 304.

1) Ähnlich Burgbacher, Warenzeichenlizenzverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, 1972, S. 75 f.

2) Siehe oben S. 89 ff.

3) So etwa Kraft, aaO., GRUR Int. 1975, S. 283 ff. (189, 291); Martino, Erosion der nationalen Marken, MA 1974, S. 419 ff. (421); Maday, Anmerkung zum 'Hag'-Urteil, in: EuR 1975, S. 142 ff. (147).

4) So der Markenverband in einer Resolution anläßlich des 'Hag'-Urteils, WRP 1974, S. 595.

bern einhergeht. In diesen Fällen ist die durch das Zeichen vermittelte Verbindung von Erzeugnis und Herkunftsquelle bereits gestört: die Zeichen weisen auch nach ihrer Übertragung auf das Unternehmen desjenigen hin, der sie ursprünglich in seiner Hand vereinigte, denn die Herkunftsfunktion ist begrifflich unteilbar.[1] Im übrigen hat der europäische Gerichtshof der Gefahr einer über die Zeichenidentität hinausgehenden Täuschung der Verbraucher dadurch vorgebeugt, daß er die Möglichkeit zugelassen hat, die Herkunft der Ware aus dem Geschäftsbetrieb des einen oder des anderen Zeicheninhabers durch verdeutlichende und unterscheidende Zusätze kenntlich zu machen.[2] Damit hat der EuGH die Erwerber ursprungsgleicher Zeichen im Verhältnis zueinander auf die Regeln des lauteren Wettbewerbs verwiesen, zugleich aber deutlich gemacht, daß dadurch der freie Warenverkehr nicht erneut beeinträchtigt werden darf.

Nach alledem ergibt die Abwägung zwischen dem Grundsatz des freien Warenverkehrs einerseits und dem auch vom EWG-Vertrag respektierten nationalen Warenzeichenschutz andererseits, daß Importe identisch gekennzeichneter Ware dann

---

1) Ebenso Ullrich, aaO., GRUR Int. 1975, S. 303.

2) EuGH v. 31. 7. 1974, RS 192/73, Rspr. EuGH XX, S. 731 ff. (745) - Hag -. Zustimmend Johannes, Urteilsanmerkung in GRUR Int. 1975, S. 111 ff. (115); Schwab, Der freie Verkehr von Markenwaren, GRUR Int. 1975, S. 73 ff. (77); Ullrich, aaO., GRUR Int. 1975, S. 305. Dagegen Kraft, aaO., GRUR Int. 1975, S. 289 und Heiseke, aaO., WRP 1974, S. 594 und Maday, aaO., EuR 1975, S. 147.

nicht mit der zeichenrechtlichen Abwehrklage unterbunden werden können, wenn beide Zeichen gleichen Ursprungs sind. Fehlt dagegen dieses entscheidende Merkmal der Ursprungsgleichheit, sind also die beiden kollidierenden Zeichen von ihren Inhabern originär erworben, so kann jeder das Geltungsgebiet seines Zeichenrechts von den Waren des anderen freihalten.[1] Gleiches gilt nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache "Terranova - Terrapin" [2] für den Fall,daß im Gebiet des Gemeinsamen Marktes gleichartige Produkte aufeinandertreffen,die mit zwar nicht identischen,aber immerhin - nach Ansicht des BGH -[3] verwechslungsfähigen,originär erworbenen Marken gekennzeichnet sind.Die dadurch hervorgerufene Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist mit Rücksicht auf den in Art. 36 Satz 1 EWGV gewährleisteten Substanzschutz der gewerblichen Schutzrechte hinzunehmen.

-.-

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die von den nationalen Sonderrechten für technische, kultu-

---

1) Dies entgegen den von Maday, aaO., EuR 1975, S. 147; Heiseke, aaO., WRP 1974, S. 594 und des Markenverbandes, WRP 1974, S. 595, geäußerten Befürchtungen, der EuGH werde die zeichenrechtlichen Abwehrbefugnisse auch bei ursprungsverschiedenen Zeichenrechten ausschließen. Wie hier auch Kraft, aaO., GRUR Int. 1975, S. 289 und Ullrich, aaO., GRUR Int. 1975, S. 305, 307. Mit der Begründung fehlender Ursprungsgleichheit einer Ausstattung gewährte auch das OLG Hamburg Rechtsschutz; Urteil v. 28. 8. 1975, GRUR Int. 1975, S. 402 ff. (404) - Cointreau -.

2) Urteil vom 22.6.1976,RS 119/75,auszugsweise abgedruckt in NJW 1976,S. 1578 f.

3) Siehe den Vorlagebeschluß des BGH v.31.1o.1975, GRUR Int. 1975 S.441 f.

relle und kaufmännische Leistungen gewährten Ausschließlichkeitsstellungen unter der Geltung des europäischen Gemeinschaftsrechts Einbußen hinnehmen müssen. Der erzielbare Schutzumfang ist im Einzelfall zu ermitteln durch eine Abwägung zwischen den berechtigten Interessen der Schutzrechtsinhaber mit den Zielen des EWG-Vertrages. Neben den Beurteilungsmaßstab des Kartellverbots hat der europäische Gerichtshof das gemeinschaftsrechtliche Gebot der Freiheit des Warenverkehrs gestellt. Mit dieser Rechtsprechung, die die einzelstaatlichen Ausschließlichkeitsrechte auf ihren gemeinschaftsverträglichen Kern reduziert und damit das Fehlen europäischer Schutzrechte ausgleicht, versucht der EuGH das wirtschaftspolitische Teilziel der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes sicherzustellen.

Fortsetzung der FN 2) v. S. 154:

lagebeschluß des BGH v. 31. 10. 1975, GRUR Int. 197

LEBENSLAUF

Am 24. September 1945 wurde ich in Paris/Frankreich geboren. Nach meiner Übersiedlung nach Deutschland lebte ich bei meinen Eltern, dem kaufmännischen Angestellten Günter Kriependorf und seiner Ehefrau Liselotte, geb. Warnecke, in Braunschweig. Dort besuchte ich von 1952 bis 1956 die Volksschule, danach das Martino-Katharineum, ein mathematisch-naturwissenschaftlich-neusprachliches Gymnasium für Jungen. Nach meinem Abitur im Jahre 1966 und nach Ableistung einer zweijährigen Dienstzeit bei der Bundeswehr begann ich im Sommersemester 1968 das Studium der Rechte an der Georg-August-Universität in Göttingen. Im Dezember 1972 bestand ich die Erste Juristische Staatsprüfung. Im Juli 1975 bestand ich die Große Juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz in Hannover. Anschließend war ich als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für allgemeine Rechtstheorie, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen tätig. Seit April 1976 bin ich als Syndikusanwalt beschäftigt.

Seit 1973 bin ich verheiratet, ich habe zwei Kinder. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.